الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقا لنظام B.O.T*

إعداد

د. طارق بن هلال البوسعيدي**

ملخص البحث

تقوم الدول المختلفة بإبرام عقود لاستغلال وتسيير المرافق العامة أو لاستثمار الأموال العامة فيها تحت مسمى عقود الامتياز أو الالتزام، وبالرغم من أنه لم يكن هناك ثمة شك حول الطبيعة الإدارية لعقود الامتياز أو الالتزام، إلا أنه بسبب انتشار الالتجاء إلى أدوات أو نظم قانونية حديثة ومتنوعة، وعلى رأسها ما يسمى بنظام "البوت" وهو الاصطلاح العربي لنظام B.O.O.T أي البناء أو التشييد والتشغيل وتحويل المشروع، ونظام B.O.O.T أي البناء والتملك والتشغيل وإعادة الملكية، وكذلك بعض الأنظمة الأخرى المقاربة فقد نشب خلاف فقهي بين فقهاء القانون العام من ناحية، وفقهاء القانون الخاص من ناحية أخرى، حول الطبيعة القانونية لعقود الالتزام أو الامتياز –بل وعقود الأشغال العامة كذلك– التي يتم إبرامها وفقاً لنظام البوت، وهل هي من العقود الإدارية كما كانت دوماً، أم إنها غدت من عقود القانون الخاص؟

* أجيز للنشر بتاريخ ٢٠٠٧/٨/٢٨م.

** أستاذ مساعد بكلية القانون – رئيس قسم القانون العام– جامعة السلطان قابوس– سلطنة عمان.

وقد انتهينا في هذا البحث إلى تأكيد الطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الدولة وفقا لنظام البوت تحت مسمى عقود الامتياز أو الالتزام أو الأشغال العامة، إضافة إلى التراخيص الإدارية التي يتم منحها وفقا لنظام البوت، بل إننا رجحنا في نهاية بحثنا أن إقامة وتنفيذ المشروعات الحكومية لاستثمار موارد البلاد من الأموال العامة بواسطة الأفراد يجب أن يتم من خلال أسلوب الترخيص الإداري وهو من أهم أساليب القانون العام في هذا الصدد، ولا يجوز الالتجاء إلى أسلوب التعاقد إلا استثناء على أن يكون ذلك بواسطة عقد إداري هو عقد الالتزام الذي يتعين أن يتأسس في هذه الحالة على قانون أو قرار إداري –بحسب الأحوال– بمنح الامتياز محل هذا العقد، وبذلك يكون إبرام العقد جزءًا من عملية مركبة، وهي عملية إدارية بطبيعتها، ومن ثم يلزم أن تخضع في جميع مراحلها لأحكام وقواعد القانون الإداري، وخاصة إذا اتبعت الجهة الإدارية المتعاقدة نظام البوت بأي من أشكاله المتعددة في هذا العقد.

أما بصدد استغلال وإدارة المرافق العامة بواسطة الأفراد، فإن للإدارة الحق في الاختيار بين وسيلتي الترخيص الإداري أو العقد الإداري، وهما بالقطع من وسائل القانون العام أياً كان النظام المتبع فيهما، أي سواء كان نظام البوت في أي من أشكاله المتنوعة أو غيره، وبالتالي فإن العقد الذي يبرم في هذه الحالة هو عقد إداري بطبيعته؛ لأن موضوعه هو استغلال أو إدارة مرفق عام لحساب الدولة مادامت الجهة الإدارية المتعاقدة قد ظهرت في العقد بمظهر السلطة العامة، بغض النظر عن مسألة الشروط غير المألوفة، إذ لم يعد هناك ما هو غير مألوف أو غير معروف في عصرنا هذا، فالمهم أن يكون هناك خروج على المبادئ المستقرة في نظام عقود القانون الخاص أو أحدها، مثل مبدأ سلطان الإدارة ومبدأ المساواة بين طرفي العقد ومبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين.

مُقدِّمة:

ينص النظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١) في المادة (١١) منه على مجموعة من المبادئ الاقتصادية التي تعد من المبادئ الموجهة لسياسة الدولة، ومن هذه المبادئ أن الاقتصاد الوطني أساسه العدالة ومبادئ الاقتصاد الحر، وقوامه التعاون البناء المثمر بين النشاط العام والنشاط الخاص (الفقرة الأولى)، والثروات الطبيعية ومواردها كافة ملك للدولة، تقوم على حفظها وحسن استغلالها، بمراعاة مقتضيات أمن الدولة وصالح الاقتصاد الوطني، ولا يجوز منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد العامة إلا بموجب قانون ولفترة زمنية محددة، وبما يحفظ المصالح الوطنية (الفقرة الثانية)، وللأموال العامة حرمتها وعلى الدولة حمايتها وعلى المواطنين والمقيمين المحافظة عليها (الفقرة الثالثة).

ومفاد هذا النص أن على الدولة حفظ الثروات الطبيعية وموارد الدولة وحمايتها باعتبارها من الأموال العامة، وعليها حسن استغلالها ولها في ذلك أن تمنح امتيازاً أو استثماراً لأي مورد من موارد البلاد العامة بموجب قانون ولفترة زمنية محددة، بما يحفظ المصالح الوطنية أو بالأحرى المصلحة العامة للدولة، وذلك في إطار مبادئ الاقتصاد الحر، ومن خلال التعاون البناء المثمر بين النشاط العام والنشاط الخاص، وهو ما يتم في معظم الأحوال بواسطة الأداة القانونية المناسبة لذلك والتي تتمثل في العقود أو الاتفاقيات التي تبرمها الدولة، ممثله في السلطة الإدارية غالباً، وهي تصرفات لها الطبيعة الإدارية كقاعدة عامة، ومن ثم تخضع لنظام قانوني متميز ومختلف عن العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم، كما تخضع لرقابة جهة قضائية متخصصة في نظر الخصومات الإدارية في الدولة التي تعتنق النظام القضائي المعروف باسم "القضاء المزدوج"، ومنها سلطنة عمان ومصر وفرنسا.

وبموجب النظام القضائي المزدوج، يتوزع الاختصاص القضائي الولائي بين جهتين قضائيتين –أو أكثر– بحيث تختص إحدى الجهتين بالفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد بعضهم وبعض أو بينهم وبين الإدارة عندما تتعامل معهم كفرد عادي، فتطبق هذه المنازعات أحكام القانون الخاص، بينما تختص الجهة الأخرى بالفصل في المنازعات أو الخصومات التي تثور بين الأفراد والإدارة عندما تتصرف تجاههم بوصفها سلطة عامة، فتطبق على هذه الخصومات قواعد القانون أو بالأحرى القانون الإداري.

وتأخذ سلطنة عمان بهذا النظام القضائي المزدوج، حيث صدر المرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩٠) بإصدار قانون السلطة القضائية ونص في المادة الثامنة منه على ولاية محاكم هذه السلطة مستبعداً منها "الخصومات الإدارية" كما صدر المرسوم السلطاني رقم (٩٩/٩١) بإنشاء محكمة القضاء الإداري وإصدار قانونها، فنصت المادة الأولى من المرسوم على إنشاء هيئة قضائية مستقلة للفصل في الخصومات الإدارية تسمى "محكمة القضاء الإداري" ثم أورد المشرع في المادة السادسة من القانون المنازعات التي تختص المحكمة بالفصل في الخصومات الناشئة فيها، ومن بينها في البند السابع "الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية".

ويعتبر الاختصاص بالفصل في الخصومات أو الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية اختصاصاً شاملاً جامعاً غير محدد بنوع معين من العقود الإدارية، وعلاوة على أنه اختصاص مانع لغير جهة القضاء الإداري من التصدي للفصل في أيه منازعة أو دعوى تتعلق بعقد إداري وما يتفرع عنها من خصومات أو طلبات، وهو الأمر الذي يبرز الحاجة إلى معيار يميز بين العقود الإدارية من ناحية، وعقود الإدارة الخاصة من ناحية أخرى، أي تلك التي تبرمها الإدارة ومع الغير ولا تظهر منها بمظهر السلطة العامة، وبالتالي لا تخضع بشأنها لاختصاص محكمة القضاء الإداري، ولا يطبق عليها قواعد وأحكام القانون الإداري، إذ تخضع المنازعات المتصلة بها لاختصاص محاكم القضاء العادي

وتطبق عليها قواعد ونصوص القانون الخاص مثل القانون المدني أو التجاري أو العمل بحسب الأحوال.

ومن الملاحظ في بعض الدول مثل مصر أن المشرع عندما تطرق إلى تحديد اختصاص محاكم القضاء الإداري بصدد العقود الإدارية، حرص على إضفاء الطبيعة الإدارية على بعض العقود التي تبرمها الدولة أو جهة الإدارة على نحو قاطع لا يسمح بالجدل أو الاختلاف حولها، وهي عقود الامتياز أو الالتزام وعقود الأشغال العامة وعقود التوريد، وذلك وفقاً للمادة (١١/١٠) من قانون تنظيم مجلس الدولة في مصر رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م، ومن ثم فهي عقود لا يحتاج القضاء الإداري إلى إثبات توافر معيار تمييز العقود الإدارية عليها للحكم باختصاصه بالفصل في الخصومات أو المنازعات المتعلقة بها، إذ هي عقود إدارية بنص القانون، وبالتالي فإنها تخضع للنظام القانوني للعقود الإدارية وليس لنظام العقود المدنية أو الخاصة.

وبالرغم من أنه –وفقاً لما تقدم– لا مجال للنقاش الفقهي حول الطبيعة الإدارية لعقود الامتياز أو الالتزام، إلا أنه بسبب انتشار الالتجاء إلى أدوات أو نظم قانونية حديثة ومتنوعة، وعلى رأسها ما يسمى بنظام "البوت" وهو الاصطلاح العربي لنظامB.O.O.T أي البناء أو التشييد والتشغيل وتحويل المشروع، ونظام B.O.O.T أي البناء والتملك والتشغيل وإعادة الملكية، وكذلك بعض الأنظمة الأخرى المقاربة فقد نشب خلاف فقهي بين فقهاء القانون العام من ناحية، وفقهاء القانون الخاص من ناحية أخرى، حول الطبيعة القانونية لعقود الالتزام أو الامتياز –بل وعقود الأشغال العامة كذلك– التي يتم إبرامها وفقاً لنظام البوت، وهل هي من العقود الإدارية كما كانت دوماً، أم إنها غدت من عقود القانون الخاص؟

وإذا كان الأمر كذلك في مصر التي ينص فيها القانون صراحة على اختصاص القضاء الإداري فيها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام... أو بأي عقد إداري آخر، بما مفاده أن عقود الالتزام أو الامتياز هي عقود إدارية بطبيعتها، فماذا عن سلطنة عمان التي لم يحدد فيها المشرع الطبيعة الإدارية لأي عقد من العقود التي تبرمها الإدارة باسم الدولة أو لحسابها، مما يؤكد الحاجة الملحة إلى الاستقرار على معيار التمييز بين العقود الإدارية وعقود الإدارة الأخرى، حتى يتسنى تطبيق هذا المعيار على عقود الامتياز وكذلك عقود الاستثمار التي تبرم وفقاً لنظام البوت.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع في عمان لا يحصر نظم الامتياز أو الالتزام واستثمار الأموال العامة في نطاق العقود كأداة قانونية لتحقيق الأهداف المبتغاة من هذه النظم، وإنما أجاز كذلك الالتجاء إلى التراخيص الإدارية كأداة بديله للعقود الإدارية، وحيث إن الترخيص الإداري هو بإجماع الفقه والقضاء صورة من صور القرارات الإدارية، والتي لا خلاف على طبيعتها الإدارية، فمن ثم تنحصر مشكلة البحث في تحديد طبيعة العقود المبرمة بواسطة الدولة وفقا لنظام البوت، وبها يتحدد نطاق البحث.

وعليه فإنه يلزم علينا أن نعرض لهذا الموضوع على النحو التالي:

أولاً: المبحث الأول، وفيه نحدد معيار تحديد العقود الإدارية وطبيعة عقود الالتزام والاستثمار وفقاً له.

ثانياً: المبحث الثاني، ونخصصه للبحث في مدلول نظام البوت وأشكاله وطبيعته، وأثره على الطبيعة القانونية لعقود الالتزام والاستثمار المبرمة وفقاً له.

المبحث الأول

معيار تمييز العقود الإدارية

من المستقر لدى معظم الفقه المصري والفرنسي أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأساليب وأحكام القانون الإداري بأن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص(١)، فإذا تحققت هذه الشروط اختص القضاء بالفصل في المنازعات المتصلة بهذا العقد وهو اختصاص شامل ومانع كما أوضحنا سلفاً.

ويعتنق القضاء الإداري في عمان ومصر نفس التعريف وعناصره وفي ذلك تقول محكمة القضاء في سلطنة عمان "إن اختصاص محكمة القضاء الإداري قد جاء عاماً ومطلقاً فيما يتعلق بالدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية... وينبغي في هذا المقام تحديد المعايير المميزة للعقود الإدارية.. وإذ استقر الفقه والقضاء الإداري على تعريف العقد الإداري بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك

(١) الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية – دار الفكر العربي – الطبعة الخامسة – ١٩٩١– ص٥٩ وما بعدها.
الدكتور ثروت بدوي: المعيار المميز للعقد الإداري – مجلة القانون والاقتصاد – السنة٢٧ – عدد ٣،٤ – ١٩٥٧ ص١١٥.
الدكتور جمال عثمان جبريل: العقود الإدارية – إبرام العقد الإداري وصحته – الطبعة الثانية – ١٩٩٩ – ص١٣.
الدكتور محمد سعد أمين: دارسة مقارنة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها – ١٩٩٤ – ص٢٨.
الدكتورة سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية – دار النهضة العربية – ١٩٩٨/١٩٩٩– ص١٧.
الدكتور انس جعفر: العقود الإدارية – الطبعة الثالثة – ٢٠٠٣ – ص١٣.
الدكتور ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم– دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – ٢٠٠٤– ص١٥.
JACQUES Geargel, contras de l'administration..,J.C.P,1971 f502 Prospar Weil, La critére du contrat administratif en crise, M. Waline, 1974,tome2,Paris,P837.
C.E12/7/1949,Perez,L.350.

بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وانه من خلال التعريف المتقدم تبرز العناصر المميزة للعقود الإدارية وتتمثل في:

١- أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام.

٢- أن يهدف إدارة تسيير أحد المرافق العامة.

٣- أن يأخذ بأسلوب القانون العام بتضمينه شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص(٢).

ووفقاً لهذا القضاء يتعين أن تتوافر الشروط الثلاثة المشار إليها مجتمعة، ويمثل الشرط الأول منها –وهو وجود الإدارة طرفاً في العقد– الجانب العضوي في المعيار المميز للعقد الإداري، بينما يتعلق الشرطان الثاني والثالث بالجانب الموضوعي في ذلك المعيار، وبصدده يذهب رأي جانب من الفقه إلى الاكتفاء بأحدهما لتتوافر صفة العقد الإداري دون حاجة لاجتماعها معا فيه، وعليه نعرض لهذه الشروط بقدر من التفصيل لنوضح بعد ذلك مدى تحققها بصدد عقود الامتياز أو الالتزام وعقود الاستثمار التي تبرمها الدولة أو جهة الإدارة منها، ومن ثم تمتعها –أو عدم تمتعها– بطبيعة وصفة العقد الإداري(٣).

---

(٢) محكمة القضاء الإداري في عمان بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٢٨م الدعوى الابتدائية ٣٧لسنة٣ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة، الجزء الثاني ص ٨١٨.

(٣) وفي تقديرنا أن الأصل في العقود التي تبرمها الإدارة أنها من العقود الإدارية، ومن ثم فإنها تخضع للنظام القانوني لهذهِ العقود وخاصة من حيث اختصاص القضاء الإداري بالفصل في الخصومات المتصلة بها، تأسيساً على أنه لا يجوز للإدارة أن تلجأ إلى قواعد القانون الخاص في صدد تسيير المرافق العامة واستثمار الأموال العامة أو الإنفاق منها إلا استثناء إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك، وعليه فإننا لا نتفق مع ما ذهب إليه قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر من أن الأصل في العقود هو طبيعتها المدنية التي يجوز الخروج عليها إلا في الأحوال الاستثنائية التي تفصح الإدارة فيها عن نيتها في انتهاج وسائل القانون العام في شأن العقود التي تبرمها " – حكمها في ١٩٩٧/١٠/٤ الدعوى ٧لسنة ١٨ق. تنازع.
يؤيد رأينا أن القضاء الإداري يقضي باختصاصه بالفصل في المنازعات المتصلة بالقرارات الإدارية المتصلة بالعقود التي تبرمها الإدارة وتقبل الانفصال عنه بآثارها القانونية ولذلك يقتضيٍ المنطق أن يختص القضاء الإداري كأصل عام بالمنازعات الناشئة عن هذا العقد ليكون اختصاصه شاملاً للخصومات المتصلة بالعقود التي تبرمها الإدارة، بغض النظر عما إذا كانت من العقود الإدارية بطبيعتها أم من عقود الإدارة الخاصة، على أن يطبق القاضي الإداري على كل منها النظام القانوني الخاص بها.

المطلب الأول
الجانب العضوي في العقد الإداري

يتعين علينا أولاً أن نوضح أن مشكلة تحديد العقد الإداري تتعلق في الأصل بالعقود التي تبرمها الإدارة، حيث من المستقر أن هذه العقود لا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد، فبعضها يخضع لنظام القانون الخاص، المدني أو التجاري أو العمل، كما تخضع المنازعات بشأنها لاختصاص المحاكم العادية، على حين تخضع فقط عقود الإدارة ذات الطبيعة الإدارية للقانون الإداري ورقابة القضاء الإداري، ولذلك يلزم أن يكون البحث عن معيار تمييز العقود الإدارية تبرمها الإدارة عن العقود الخاصة التي تبرمها كذلك جهة الإدارة، مما مقتضاه أن شرط أن يكون احد أطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام هو شرط للتمييز بين عقود الإدارة وعقود الأفراد العاديين فيما بينهم، وبذلك يتحقق هذا الشرط في جميع العقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت عقوداً خاصة أم عقوداً إدارية بحسب طبيعتها الذاتية.

ولذلك فإن صحة هذا الشرط أن تكون جهة الإدارة طرفاً في العقد بوصفها سلطة عامة، وكما تقول المحكمة الدستورية العليا في مصر، فإنه "يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عامًا ،يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه ،وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص"(٤)، وهو ذات الأمر الذي تشترطه المحكمة الإدارية العليا في مصر في عديد من أحكامها وفيها تقول "إن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، ولا يعدو أن يكون توافق إرادتين بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي بين طرفين أحدهما الدولة أو أحد الأشخاص

(٤) حكمها بتاريخ ١٩٨٠/١/١٩ الدعوى رقم ٧لسنة ١ق (تنازع)، المجموعة الجزء الأول ص٢٤٤.

الإدارية، بيد أنه يتميز بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة..."[٥].

وعليه فمن المسلم كأصل عام أن العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص لا يعد عقداً إدارياً حتى ولو كان أحدهم ملتزماً بأداء مهام متصلة بمرفق عام[٦]، كما أن وجود الإدارة للمختص، للتوقيع على العقود والالتزامات التي تبرم بين حكومة السلطنة أو أي من الوزارات أو الوحدات الحكومية أو الهيئات العامة، وكذلك المؤسسات العامة فيما يتعلق بعقود تنفيذ المشروعات الإنمائية التي يتم تمويلها بقروض أو مساهمة حكومية، وبين أي من الأشخاص الوطنيين أو الأجانب داخل السلطنة أو خارجها أو أية حكومة أو منظمة أو وكالة متخصصة، مما مؤداه استبعاد وكالة احد الأشخاص الخاصة في إبرام العقد الإداري نيابة عن أشخاص القانون العام في السلطنة طرفاً في عقد ما لا يجعله مباشرة عقداً إدارياً، ما لم تبرم الإدارة هذا العقد بوصفها سلطة عامة، علاوة على توافر الجانب الموضوعي في معيار تحديد العقود الإدارية.

واستثناءً مما تقدم يذهب القضاء الإداري إلى اعتبار العقد إدارياً رغم عدم وجود السلطة الإدارية كطرف في العقد، وذلك إذا تم إبرام العقد بواسطة أحد أشخاص القانون الخاص باسم ولمصلحة الإدارة. بحسب المحكمة الإدارية العليا في مصر، فإنه بالرغم من أنه "من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية... إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما

---

(٥) المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٦٣/٣/٢٥، الطعن ٥٩لسنة ٧ق، المجموعة السنة ٨ ص١٢٢٥.

(٦) المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٦٤/٣/٧، الطعن ١٥٥٨لسنة ٧ق، المجموعة السنة ٩ ص٧٦٣.

PREVOST (Jean Francois), A La recherche du critere du contrat Administratif – La qualité des contractants, R.D.P.1977, P.821.

كان في الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري"(٧).

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن التوجيهات الأوربية الخاصة بإبرام العقود الإدارية الصادرة عام ٢٠٠٤م تشير إلى أن السلطات المتعاقدة المسئولة "Les Pouvoirs adjudicateurs" تشمل الدول ومؤسساتها ووكيل الشخص المعنوي العام(٨)، بما مفاده انه يمكن لأشخاص القانون الخاص من خلال وكالة صريحة أو ضمنية من جانب أشخاص القانون العام أو الأشخاص الإدارية، إبرام العقد الإداري.

أما في سلطنة عمان، فإنه وفقاً للمرسوم السلطاني رقم (٧٦/٤٨) بشأن توقيع المعاملات المالية الخارجية والداخلية لا يجوز لغير السلطات الإدارية المشار إليها في المرسوم، وهي صاحب الجلالة السلطان والوزراء ورؤساء الوحدات الحكومية ورؤساء مجالس إدارة الهيئات والمؤسسات العامة ووكلاء الوزارات ومديرو عموم الهيئات والمؤسسات العامة، كل في حدود النصاب المالي المقرر له، أو من يفوضه، وبالطبع لا يجوز التفويض إلا لجهة إدارية مرؤوسة للمختص، التوقيع على العقود والالتزامات التي تبرم بين حكومة السلطنة أو أي من الوزارات والوحدات الحكومية أو الهيئات العامة، وكذلك المؤسسات العامة فيما يتعلق بعقود تنفيذ المشروعات الإنمائية التي يتم تمويلها بقروض أو مساهمة حكومية، وبين أي من الأشخاص الوطنيين أو الأجانب داخل السلطنة أو خارجها أو أية حكومة أو منظمة أو وكالة متخصصة، مما مؤداه استبعاد وكالة أحد الأشخاص الخاصة في إبرام العقد الإداري نيابة عن الأشخاص القانون العام في السلطنة.

---

(٧) حكمها في ١٩٦٤/٣/٧ سالف الإشارة.
C.E.30 mai 1973, Societé d'équipment de La région Montpelliéraire , A.J.D.A.1973,P.345.

(٨) راجع المرسوم رقم ٢٠٠٤/١٨ الخاص بتنسيق إجراءات إبرام عقود الأشغال والخدمات والتوريد، والمرسوم ٢٠٠٤/١٧ الخاص بإجراءات إبرام عقود المياه والطاقة والنقل والخدمات البريدية، والصادرة عن البرلمان الأوربي في ٢٠٠٤/٣/٣١.
J.O. du 30/4/2004

المطلب الثاني
الجانب الموضوعي في العقد الإداري

وفقاً للمستقر في القضاء الإداري المصري والعماني، فإنه يشترط في العقد الإداري من الناحية الموضوعية اجتماع شرطين معاً هما:

١- أن يستهدف العقد إدارة أو تسيير أحد المرافق العامة.

٢- أن يبرم العقد وفقاً لأساليب القانون العام، بأن يتضمن شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وبدوره يلتقي القضاء العادي مع القضاء الإداري في اعتناق ذات المعيار، فقد جرت أحكام محكمة النقض المصرية على أنه "وإن لم يعرف القانون العقود الإدارية ولم يبين الخصائص التي تميزها والتي يهتدي بها في القول بتوافر الشروط اللازمة لها لحصانتها وصيانتها من تعرض السلطة القضائية لها بالتعطيل أو بالتأويل، إلا أن إعطاء العقود التي تبرمها جهات الإدارة وصفها القانوني الصحيح باعتبارها عقوداً إدارية أو مدنية يتم على هدى ما يجري تحصيله منها ويكون مطابقاً للحكمة من إبرامها. وبذلك فإن العقود التي تكون الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها طرفاً فيها لا تعتبر- على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- عقوداً إدارية إلا إذا اتصلت بتنظيم مرفق عام أو تسييره، وأظهر الشخص المعنوي نيته في الأخذ بإحكام القانون العام بتضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو يحيل فيه إلى اللوائح القائمة، كأن يتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع المتعاقد الأخر، أو يخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير"(٩).

(٩) أحكامها في ١٩٩٤/٥/٢٩م الطعن ٥٤٤لسنة ٦٠ق، وفي١٩٨٩/١٢/١٧ الطعن ٢٢١٦لسنة ٥٣ق، وفي١٩٩٠/٦/٢٦الطعن ١٢٥٨لسنة ٥٨ق، وفي١٩٩١/١/٩الطعن ٩٨١لسنة ٥٥ق، وفي ١٩٩٣/٤/٢٨م الطعن ٢١٧٨ لسنة ٥٨ق.

وعلى خلاف ما تقدم يذهب القضاء الإداري في فرنسا إلى الاكتفاء بأحد الشرطين المشار إليهما لاعتبار العقد الذي أبرمته جهة الإدارة من العقود الإدارية، فالأعمال التي يكون موضوعها تنظيم المرفق العام هي من الأعمال الإدارية سواء كانت فردية أو تعاقدية(١٠)، على أساس أن هذه المرافق العامة تتطلب أن تتعامل الإدارة بشأنها بوسائل غير مألوفة في المعاملات التي تتم بين الأفراد العاديين(١١)، وإذا كان موضوع العقد هو إدارة المرفق العام ذاته فلا حاجة إلى استلزام شرط آخر بأن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة(١٢).

وفي تقديرنا أنه يمكن حقاً أن نكتفي بصدد الجانب الموضوعي في العقد الإداري أن يكون موضوع العقد متصلاً بنشاط مرفق عام، بما مؤداه خضوع هذا العقد للنظام القانوني المتميز للعقود الإدارية، وحيث إن مقتضيات إدارة وتسيير المرافق العامة بانتظام واطراد هي وحدها التي تبرر ما يضمه النظام القانوني الخاص، وذلك بشرط أن يتحدد مفهوم الجانب العضوي في العقد الإداري وفقاً لما سبق شرحه، بأنه يعني ظهور الإدارة في هذا العقد بمظهر السلطة العامة.

والواقع أن تحليل أحكام القضاء الإداري والعادي بصدد معيار تمييز العقود الإدارية تشير إلى أن الجانب الموضوعي في هذا المعيار يتمثل في "نية الإدارة في انتهاج وسائل القانون العام في شأن العقود التي تبرمها" وأن هذه البنية تتبلور في أحد أمرين يستدل بأي منهما على توافرها، وهما:

١- إبرام العقد وفقاً لأساليب القانون العام مثل المناقصات والمزايدات التي يحدد نظامها القانون الإداري.

---

(١٠) C.E 14/1/1998, Syndicat national du personnel des affaires sanitaires et soclales, J.C.P.1998,P.97.

(١١) Laurent Richer, Déroit des contrats administratif. 3éme édition.1999 Paris, L.G.D.J., P.95.

(١٢) C.E 20/4/1956, Epoux Bertin, D.1956,P433,note Delaubadére, et R.D.P.1958, P.869,note Walin .

٢- تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو على الأقل الإحالة إلى اللوائح أو النظم القائمة التي تقرر هذه الشروط، وهي إما أن تتمثل في بعض الامتيازات التي لا يجوز قانوناً أن يتمتع بها المتعاقد الآخر، أو أن تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير تخرج بطبيعتها من تلك التي يتعامل بها الأفراد فيما بينهم.

وبالتمعن في شرط "النية" على هذا النحو يتبين لنا أنه لا يخرج عن الشرط العضوي في العقد الإداري وهو ظهور الإدارة في العقد بمظهر السلطة العامة وقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر بحق إلى الأخذ بهذا المعنى، إذ قضت بأن العقد لا يكون إدارياً "ما لم يكن أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، وكان في موضوعه متصلاً بتسيير أو بتنظيم أو بتطوير مرفق عام، ومتضمناً شروطاً استثنائية تخرج بطبيعتها عن تلك التي ألفها الأفراد فيما يدخلون فيه من عقود القانون الخاص، فلا يكون إيراد هذه الشروط في العقد، إلا تعبيراً عن خصائص السلطة العامة، وانتهاجاً لوسائل القانون العام التي لا تتكافأ بها في العقود مصالح أطرافها بكل تكون المصلحة العامة موطئها وغايتها، وبها ترجح الحقوق التي تقارنها أو تتصل بها على ما دونها" (١٣)، وعليه فإنه إذا كانت الشروط الاستثنائية غير المألوفة دليل على اتباع أساليب القانون العام، "مما يعني إن إرادة السلطة الإدارية قد اتجهت إلى الظهور بمظهر السلطة العامة فيما تبرمه من عقود متصلة بإدارة وتسيير المرافق العامة تحقيقاً للصالح العام"، فإنه يمكن الاكتفاء بالجانب العضوي في معيار تحديد العقد الإداري، والذي يتطلب ظهور الإدارة في هذا العقد بمظهر السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها سواء في مرحلة إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه"(١٤)، مما يؤدي إلى تمتع الإدارة كطرف في العقد الإداري بمركز قانوني

(١٣) حكمها في ٤/١٠/١٩٩٧ الدعوى ٧لسنة ١٨ق .تنازع.
(١٤) تؤكد المحكمة الإدارية العليا في مصر على هذا المعنى في كثير من أحكامها المتعلقة بالعقود الإدارية إذ قضت فيها بأنه "يتعين لاعتبار العقد إداريا أن تكون الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفا

أسمي من مركز المتعاقد معها، وذلك خلافاً لمبدأ المساواة بين أطراف العقد الذي يحكم العقود الخاصة التي ينظمها القانون الخاص.

والخلاصة انه استناداً إلى أن الفقه الإداري يرى أن تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة هي مجرد وسيلة مثلى للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام، وبالتالي رغبتها في الظهور بمظهر السلطة العامة وإخضاع العقد لقواعد القانون الإداري"[١٥]، فإننا نرى دمج هذا الشرط في الجانب العضوي في معيار تمييز العقد الإداري، ومن ثم يقتصر الجانب الموضوعي في هذا المعيار على شرط أن يتصل موضوع العقد بمرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه أو تطويره أو تنفيذه أو استغلاله.

غير أنه يلزم ملاحظة أن مفهوم المرفق العام كموضوع للعقد الإداري يتسع ليشمل بعض الأنشطة التي قد تبدو غير ذات صلة مباشرة بمشروع ينطبق عليه وصف المرفق العام، مثل عقود إنشاء وتشييد الطرق العامة وعقود شغل الدومين العام، وهي عقود من الجلي أن الدولة تتولى تمويلها من خلال الأموال العامة، مما يستتبع حتماً احتفاظ الإدارة بسلطة الرقابة على إبرامها وتنفيذها. وبمعنى آخر فإن استثمار واستغلال الأموال العامة، هو بطبيعته من الموضوعات المتصلة بالمرافق العامة، سواء كانت تدار بأسلوب الاستغلال المباشر أو بأسلوب الاقتصاد المختلط أو بأسلوب الامتياز، إذ الهدف الوحيد من هذا الاستثمار أو الاستغلال توفير الحاجات والخدمات الأساسية والضرورية لأفراد المجتمع، تحقيقاً للنفع العام والمصلحة العامة، سواء كان المال العام مخصصاً لخدمة مرفق عام بصورة مباشرة، أم مخصصاً لخدمة أفراد المجتمع مباشرة، ففي الحالتين يكون المال العام مخصصاً للمنفعة العامة ومستهدفاً تحقيق الصالح العام.

فيه، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتميز بانتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط إستثنائية غير مألوفة من روابط القانون الخاص" حكمها في ١٩٦٨/٢/٢٤الطعن ٥٥٩ لسنة ١١ ق، المجموعة السنة ١٣ ص ٥٥٧.

(١٥) الدكتور عمرو احمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام ألــB.O.T. – دار النهضة العربية –٢٠٠١ – ص٥٠.

المطلب الثالث
الطبيعة الإدارية لعقود الالتزام والاستثمار

سبق أن أشرنا إلى أنه وفقاً للمادة (٣/١١) من النظام الأساسي للدولة في سلطنة عمان، فإنه "لا يجوز منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد العامة إلا بموجب قانون ولفترة زمنية محددة وبما يحفظ المصالح الوطنية".

والمقصود بالامتياز أو بالأحرى حق الامتياز، أن تخول الدولة لأحد أشخاص القانون الخاص، فرداً كان أم شخصاً معنوياً خاصاً كالشركات الخاصة، الحق في استثمار أو استغلال مرفق عام ذي طبيعة اقتصادية، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق، تحقيقاً للصالح العام. أما استثمار مورد من موارد البلاد العامة، وهو ما يعني استثمار أحد الأموال العامة، فهو لا يخرج في مدلوله عن الامتياز حيث إن المرافق العامة هي مشروعات يتم تمويلها بواسطة الأموال العامة كما أسلفنا، ومن ثم فهي نوع من أنواع استثمار الأموال العامة، غير أن الغالب في حالة استثمار موارد الدولة وعلى رأسها الثروات الطبيعية كالنفط والمعادن النفيسة، أن تتحقق عوائد مالية من وراء استغلال هذه المواد واستثمارها، بحيث يتم الاتفاق بين الدولة والمستثمر على اقتسام هذه العوائد بنسب محددة، وفقاً للنظام أو الأسلوب الذي يقع عليه الاختيار في هذا الشأن.

وبحسب النظام الأساسي للدولة في السلطنة، يتم منح الحق في الامتياز أو الاستثمار بموجب قانون وليس بأداة أدنى من ذلك، ومثال ذلك قانون تنظيم وتخصيص الكهرباء والمياه المرتبطة به الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧٨) لسنة ٢٠٠٤م، وكذلك قانون تنظيم الاتصالات الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٢م، والغالب أن تحول مثل هذه القوانين السلطة الإدارية في الدولة مهمة منح حقوق الامتياز

والاستثمار وتحديد الوسيلة القانونية المناسبة لذلك، والتي لا تخرج عن أحد احتمالين هما:

١- منح الامتياز أو حق الاستثمار بوسيلة الترخيص الإداري.

٢- منح الامتياز أو حق الاستثمار بوسيلة العقد الإداري.

والأصل في التراخيص الإدارية أنها من القرارات الإدارية، أي أنها تخضع لنظام القانون للقرارات الإدارية والرقابة عليها، ما لم يتبين للقضاء أن الترخيص قد أخذ الطابع التعاقدي، فيعد في هذه الحالة من العقود الإدارية(١٦).

والغالب أن تلجأ الإدارة إلى وسيلة الترخيص الإداري، إذا كانت مدة الاستغلال أو الاستثمار قصيرة ونفقات الإنشاء والتشغيل قليلة نسبياً، بحيث تكفي المدة القصيرة لتغطيها مع هامش معقول للربح، وعقد الالتزام بطبيعته من العقود المؤقتة، مهما طال أجلها، وهي لا تزيد في كل دول العام على ٩٩ سنة، ومن ثم استثمار أحد موارد البلاد. إلا أن عقود الالتزام تخضع لأحكام مغايرة للأحكام التي تصدر بناء عليها التراخيص وفي مصر اتجه القضاء الإداري إلى أن الأصل في استغلال أو استثمار المرافق العامة والأموال العامة هو إبرام عقود الالتزام، ففي حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر ذهبت المحكمة إلى أن "التفرقة في الأحكام المنطبقة على كل من عقود التزام المرافق العامة والتراخيص المؤقتة، ولو أن كليهما خاص باستغلال المرافق العامة، وهو أمر عرفه المشرع، ووضع في شأنه نصوصاً صريحة في القوانين الخاصة.... فقد أجازت المادة الرابعة لوزير المواصلات منح تراخيص بالاستغلال إذا ما تعذر منح الامتياز، ونصت المادة السادسة على أنه يجب

(١٦) راجع في مصر حكمي المحكمة الإدارية العليا في ١٩٦٦/١١/٢٦ الطعن ١٣٦٢لسنة ١٠ق، المجموعة السنة ١٢ص٢٨٢ – وفي ١٩٦٩/٤/١٢ الطعن ١١٤٦ لسنة ١٠ق، المجموعة السنة ١٤ص٥٦٩.

أن يشتمل الترخيص المشار إليه على شروط مطابقة للشروط التي تحصل المزايدة على أساسها في حالة الالتزام... كما أوجبت المادة التاسعة ألا يمنح الالتزام إلا بعد فترة يحددها وزير المواصلات لا تجاوز السنة، ويكون استغلال النقل طوال المدة السابقة على منح الالتزام والسير في تنفيذه بطريق الترخيص(١٧).

وعلى ذلك انتهى الفقه الإداري في مصر إلى أن استغلال المرافق العامة عن طريق التراخيص لا يكون إلا على سبيــل الاستثنــاء في حالة تعذر منح الاستغلال عن طريق عقــد الالتزام أو لمواجهــة ظروف استثنائيــة، أو إذا اشترط القانــون استغلال المرفق العــام لمدة قصيرة محددة عن طريق الترخيص قبل أن يجري استغلاله عن طريق الالتزام(١٨).

أما في عمان ففي تقديرنا أن المشرع ساوى بين وسيلتي عقد الالتزام والتراخيص، ففي قانون التخصيص الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٧٧) لسنة ٢٠٠٤، والذي يسري طبقاً للمادة الثانية من مواد إصداره على المرافق العامة التي يتم تخصيصها أو إعادة هيكلتها تمهيداً لتخصيصها، نصت المادة الثالثة من القانون على أن يتم التخصيص وفقاً لأساليب مختلفة أولها منح القطاع الخاص حق الإنشاء والملكية والإدارة أو حق الامتياز أو ترخيص الإنشاء أو الإدارة أو التأجير لمشروعات التخصيص، أو أية أساليب أخرى تراها اللجنة الوزارية المختصة، كما أن قانون الاتصالات سالف الإشارة يقوم أساساً على أسلوب التراخيص، فبحسب المادة (٢٠) من هذا القانون "لا يجوز لأي شخص إنشاء أو تشغيل نظام اتصالات أو تقديم خدمات اتصالات إلا بعد الحصول على ترخيص طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون..."، كما تقضي المادة (٢١) من

---

(١٧) حكمها في ١٩٧٠/١/١٧ الطعن ٤٤٠ لسنة ١١ق، المجموعة السنة ١٥ ص ١٤٠.

(١٨) الدكتور سليمان محمد الطماوي: المرجع السابق – ص١٠٧.
الدكتور سعاد الشرقاوي: المرجع السابق – ص٥٩ وما بعدها.
الدكتور عمرو حسبو: المرجع السابق – ص٧٨ وما بعدها.

هذا القانون بوضوح بأن "يكون تقديم خدمات الاتصالات العامة الأساسية بترخيص من الفئة الأولى يصدر بمرسوم سلطاني بناء على اقتراح الوزير بعد موافقة الهيئة، ويحدد المرسوم مدة الترخيص.

ويكون تقديم خدمات الاتصالات العامة الإضافية بترخيص من الفئة الثانية يصدر بقرار من الوزير بعد موافقة الهيئة لمدة لا تجاوز خمس سنوات ويكون تقديم خدمات الاتصالات الخاصة غير المتصلة بالشبكة العامة بترخيص من الفئة الثالثة يصدر بقرار من الهيئة لمدة لا تجاوز خمس سنوات... ".

ولا يختلف الأمر بصدد قطاع الكهرباء والمياه، فوفقاً لقانون تنظيم وتخصيص هذا القطاع سالف الإشارة، تنص المادة الرابعة منه على أنه "لا يجوز لأي شخص مباشرة أي من الأنشطة الخاضعة للتنظيم المنصوص عليها...، بدون الحصول على رخصة... وفقاً للشروط والمدد والضوابط الواردة بهذا القانون وطبقاً لما ورد بالرخصة.. " ومع ذلك يلزم ملاحظة أنه وفقاً للمادة (١٣) من هذا القانون "تكون وزارة الاقتصاد الوطني هي المختصة بعد التنسيق مع وزارة المالية بتنفيذ سياسة الحكومة بشأن تخصيص قطاع الكهرباء والمياه المرتبطة به في سلطنة عمان، ويكون لها بوجه خاص.. القيام بكل ما يستلزمه تخصيص قطاع الكهرباء والمياه... للسماح للقطاع الخاص بتشييد وتملك وتشغيل وصيانة وتمويل وتطوير مشروعات تباشر أنشطة خاضعة للتنظيم وفقاً لأحكام هذا القانون والاستثمار فيها".

وعلى ذلك فإننا نرى أن المشرع لم يستلزم الالتجاء إلى وسيلة التعاقد لمنح حقوق امتياز المرافق العامة أو استثمار موارد الدولة وأموالها العامة، بل إنه يكاد أن يحبذ وسيلة الترخيص الإداري على وسيلة العقد الإداري في هذا الشأن" "(١٩)"، مما يعني

(١٩) تجدر الإشارة إلى أنه وفقاً للمادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة في مصر، يكون منح الامتيازات المتعلقة

خضوع هذه الوسيلة أي الترخيص للنظام القانوني الخاص بالقرارات الإدارية، وخاصة من حيث الرقابة القضائية عليها، حيث لا خلاف أو تنازع حول اختصاص محكمة القضاء الإداري في سلطنة عمان بالمنازعات أو الخصومات المتصلة بها سواء من جانب المرخص له أم من المنتفعين بخدمات هذه المرافق. أما إذا لجأت السلطة الإدارية لوسيلة التعاقد، فإن العقد يكون في هذه الحالة من العقود الإدارية والتي يطلق عليها غالباً اصطلاح عقد الالتزام، بمعنى أن عقد الالتزام هو الوسيلة القانونية لإبرام العقود التي يكون محلها حق الامتياز لأحد المرافق العامة أو حق الاستثمار لأحد الموارد العامة للدولة، دون أن يحول ذلك دون تسمية العقد أحياناً بعقد الامتياز أو عقد الاستثمار، أو أي مسمى أخر مثل "عقد التنمية الاقتصادية" (٢٠).

وكما أشرنا سلفاً فليس ثمة خلاف أو جدال في بعض الدول حول الطبيعة الإدارية لعقد الالتزام، وذلك إذا تدخل المشرع وقرر ذلك صراحة، مثلما فعل المشرع المصري في قانون تنظيم مجلس الدولة (القضاء الإداري) هناك، حيث من المستقر فقهاً وقضاءً وتشريعاً أن عقود الالتزام في مصر هي عقود إدارية بطبيعتها، فالمادة (١٢٣) من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١م تنص على أن "يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة" "(٢١)"، والمادة (٦٦٨) من القانون المدني المصري تشير إلى أن "التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن"

باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرفق العامة، وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز... بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة..."، مما يقودنا إلى استنتاج أن الأصل أن يتم منح حق الامتياز أو الاستثمار في مصر بقرار إداري (ترخيص) وليس بعقد الالتزام.

(٢٠) الدكتور ماهر محمد حامد: النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع – ٢٠٠٥ – ص٢٣.

(٢١) لازال القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون ١٥٢ لسنة ١٩٦٢ في شأن منح الامتيازات سالف الإشارة سارياً في مصر حتى اليوم وذلك في ظل الدستور الحالي الصادر عام ١٩٧١.

بينما تقضي المادة (١١/١٠) من قانون تنظيم مجلس الدولة المصري باختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر".

ولذلك استقر القضاء الإداري المصري على أن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضح له بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح. فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محددة، ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين(٢٢).

وبدوره سلم القضاء العادي في مصر بالطبيعة الإدارية لعقود الالتزام ، ففي حكم لمحكمة النقض المصرية قضت المحكمة بأن "البند الحادي عشر من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة قد نص على اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري أخر، ولا خلاف في أن عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة عقود إدارية بطبيعتها وفقاً لخصائصها الذاتية، فلا تحتاج لاعتبارها عقوداً إدارية البحث عن عناصر أخرى فيها(٢٣).

---

(٢٢) محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ١٩٥٦/٣/٢٥، المجموعة السنة ١٠ ص٢٥٩.
ويعيب هذا التعريف الوارد في الحكم انه أشار إلى أن إبرام العقد يتم "بتكليف من الدولة، أي بقرار أو أمر من الدولة أو وحداتها الإدارية، على حين انه من المسلم أن العقود الإدارية مثلها في ذلك مثل كل العقود تقوم على التراضي بين طرفيها بصدد إبرام العقد، حتى ولو تم الاتفاق بينهما على إهدار بعض المبادئ مثل مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين أو مبدأ المساواة بين طرفي العقد.

(٢٣) محكمة النقض المصرية (مدني) بتاريخ ١٩٧٤/٤/١٢الطعن٥١السنة٣١ق.

أما عن الفقه الإداري فإنه يكاد أن يجمع على أن عقد الالتزام هو عقد إداري بطبيعته(٢٤)، ولكنه ذو طبيعة خاصة إذ يتضمن نوعين من النصوص، الأولى تعاقديه تتصل بعلاقة الملتزم وحقوقه المالية تجاه السلطة مانحة الالتزام، وهي نصوص الأصل فيها أنه ليس للإدارة المساس بها، فإن قامت بتعديلها وجب عليها التعويض عن الأضرار الناجمة عن التعديل، والثانية نصوص تنظيمه يمتد أثرها إلى المنتفعين بخدمات المرفق مثل شروط الانتفاع بالخدمة وتحديد رسوم تقديمها، وهي تخضع لحق الإدارة في تعديلها كلما تغيرت الظروف واقتضت المصلحة العامة ذلك، والمعيار المميز بين هذين النوعين من النصوص يتمثل في أن النصوص التعاقدية هي التي يمكن الاستغناء عنها في حالة إدارة المرفق العام بأسلوب الاستغلال المباشر، فإن لم تكن كذلك فهي نصوص تنظيميه(٢٥).

فإذا انتقلنا إلى سلطنة عمان، فإن المشرع كما نوهنا سلفاً لم يحدد على نحو قاطع طبيعة عقود الالتزام والاستثمار، ومن ثم يتعين علينا البحث في مدى توافر شروط العقد الإداري فيها للتسليم بطبيعتها الإدارية، رغم أنها بحسب الظاهر ووفقاً لخصائصها الذاتية تتمتع بهذه الصفة أو تلك الطبيعة القانونية.

وقد سبق أن انتهينا سلفاً إلى أن شروط العقد الإداري تتمثل في أمرين:

١- أن تكون الدولة ممثلة في السلطة الإدارية فيها طرفاً في العقد بوصفها سلطة عامة.

---

(٢٤) يذهب البعض إلى تكييف عقد الالتزام على أنه عمل قانوني يصدر من جانب واحد وهو الإدارة ، وأن حقوق المتعاقد مع الإدارة لا تستمد من عقد يبرمه باتفاق مع جهة الإدارة ، وإنما مصدرها العمل القانوني الصادر من الإدارة وحدها- أشارة إلى ذلك الدكتور جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام – ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية –ص٧٩ وما بعدها.

(٢٥) الدكتور سامي جمال الدين: أصول القانون الإداري – منشأة المعارف – الإسكندرية – ٢٠٠٤ – ص٥٣٨.
الدكتور محمد انس جعفر: المرجع السابق – ص٦٦ وما بعدها.
المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠ الطعن ١١٠ لسنة ١٣ق، المجموعة السنة ٢٣ ص٢٧.

٢- أن يتصل موضوع العقد باستغلال مرفق عام أو استثمار أحد موارد الدولة من الأموال العامة وبالتالي يلزم علينا التحقق من توافر الشرطين بصدد عقود الالتزام أو الاستثمار.

فبالنسبة إلى الشرط الأول، ووفقاً لما انتهينا إليه في المطلب السابق فإن ظهور جهة الإدارة في العقد بمظهر السلطة العامة، يستدل عليه إما بأن يكون إبرام العقد قد تم وفقاً لأساليب القانون العام، وخاصة باتباع طريق المناقصات والمزايدات الحكومية، أو بأن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وبمراجعة قانون ونظام المناقصات الحكومية في عمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٨٦/٨٤)، يتبين من نص المادة الأولى منه أنه يسري أساساً على "المناقصات الخاصة بشراء الأصناف والمهمات اللازمة للوحدات الحكومية، وتنفيذ مشاريعها"، بما مفاده أن أحكام النظام الوارد في هذا القانون تتعلق بعقود التوريد الحكومية وعقود الأشغال العامة، وهو الأمر الذي يستفاد من المواد (٧ و٨ و١٢ و١٣ و٢٨) وغيرها من نصوص القانون.

غير أن قانون التخصيص الصادر بالمرسوم رقم (٧٧) لسنة ٢٠٠٤م، والذي يسري كما أشرنا سابقاً على المرافق العامة التي تم تخصيصها أو إعادة هيكلتها تمهيداً لتخصيصها وفقاً لأسلوب منح القطاع الخاص حق الإنشاء والملكية والإدارة أو حق الامتياز أو ترخيص الإنشاء أو الإدارة أو التأجير لمشروعات التخصيص، والتي يدخل في إطارها بالتالي عقود الالتزام والاستثمار، نص في المادة (١٢) منه على أن "يتم طرح المشروع وفقاً لقانون ونظام المناقصات الحكومية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٨٦/٨٤ وتعديلاته ومع ذلك يجوز وفقاً لذات النص" لمجلس المناقصات الموافقة على طرح المشروع وفقاً لقواعد وإجراءات أخرى تكون ملائمة للمشروع مع مراعاة مبدأ العلنية والشفافية والوضوح في إجراءات الطرح.

وعليه فإنه إذا تم إبرام العقد وفقاً لقانون ونظام المناقصات الحكومية، فقد توافر الشرط الأول بغير جدال، أما إذا رأى مجلس المناقصات طرح المشروع وفقاً لقواعد وإجراءات أكثر ملاءمة للمشروع، فان الأمر يحتاج إلى إثبات أن إبرام العقد قد تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وهو الأمر الذي يمكن استخلاصه من بعض نصوص قانون التخصيص مثل المادتين (٢٢ و٢٣) وبمقتضاهما تلتزم شركة المشروع بإبرام عقود عمل مع العاملين فيها على ألا تقل أجورهم ومزاياهم المالية عما كانوا يحصلون عليه عند نقلهم للشركة، مع عدم الاستغناء عنهم لمدة خمس سنوات من تاريخ نقلهم.

أما بصدد الشرط الثاني، فليس ثمة جدال في أن موضوع عقود الالتزام يتمثل في إدارة أو تسيير أو تنظيم أو تطوير أو تنفيذ أو استغلال مرفق عام، أو استثمار أحد موارد الدولة من الأموال العامة، مما مؤداه في النهاية توافر صفة وطبيعة العقد الإداري في عقود الالتزام والاستثمار التي تبرمها الدولة ممثلة في حكومة السلطنة أو أي من الوزارات أو الوحدات الحكومية أو الهيئات العامة، إضافة إلى عقود والتزامات المؤسسات العامة لتنفيذ المشروعات الإنمائية التي يتم تمويلها بقروض أو مساهمة حكومية.

وقد سلمت محكمة القضاء الإداري في عمان بالطبيعة الإدارية لعقود الالتزام أو الامتياز، ففي حكمها بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٢٦م قضت بأن "الغاية من تنوع أساليب إدارة المرافق العامة هي ضمان تقديم الخدمات للجمهور وسد حاجاته على اختلاف أنواعها على أكمل وجه، وللدولة التي تمثلها جهاتها الإدارية المختلفة أن تختار من أساليب إدارة هذه المرافق ما تراه أكفل بتحقيق الهدف من إنشائها، فلها أن تديرها مباشرة أي بطريق الاستغلال المباشر، أو تعهد بإدارتها إلى شركة أو فرد وذلك بمنحه التزام استغلالها، أو أن تديرها بأي طريق أخرى من طرق إدارة المرافق العامة"، وقد انتهت المحكمة في هذا

الحكم إلى أن عقود إدارة المرافق العامة، وخاصة في عقود الامتياز قد تنتهي نهاية طبيعية وذلك بانتهاء مدة سريانها المنصوص عليها في العقد، أو نهاية غير طبيعية قبل انتهاء هذه المدة بطرق مختلفة أشهرها الفسخ(٢٦).

وفي حكمها بتاريخ ٢٠٠٣/١١/١١م أخذت المحكمة بتعريف عقد الامتياز "وفقاً لما استقر عليه فقه القضاء الإداري المقارن بأنه عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته ومسئوليته الخاصة، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط المتفق عليها، بأداء خدمة عامة للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح(٢٧).

والخلاصة أنه وفقاً لقضاء محكمة القضاء الإداري في عمان، فإن عقود الالتزام والتي بمقتضاها يتم منح أحد أشخاص القانون الخاص حق امتياز استغلال المرافق العامة أو استثمار أحد موارد الأموال العامة في الدولة هي عقود إدارية بطبيعتها ووفقاً لخصائصها الذاتية. ولكن يبقى السؤال عما إذا كانت جميع هذه العقود تبقى على طبيعتها الإدارية أيا كان النظام الذي تعتنقه الدولة أو الإدارة في تنظيم موضوع أو محل العقد، وخاصة إذا لجأت إلى نظام البوت، وهذا ما سنتعرض له في المبحث الثاني.

---

(٢٦) حكمها بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٢٦م في الاستئناف رقم (٢) لسنة ٣ق.س، المجموعة الجزء الثاني ص٣٢٣.

(٢٧) حكمها بتاريخ ٢٠٠٣/١١/١١م في الدعوى الابتدائية رقم (٣٠) لسنة ٣ق، المجموعة الجزء الثاني ص٥٢٤. ويلاحظ على هذا التعريف انه أشار إلى فكرة " تكليف" الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية لأحد الأفراد أو الشركات بإبرام العقد، وهي فكرة منتقده في تقديرنا على نحو ما سبق الإشارة إليه سلفا.
كما تجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم قد انتهى إلى بطلان العقد لإبرامه من جهة لم يخول القانون لها إبرام مثل هذه العقود، وفقاً لما جاء في المادة (١١) من النظام الأساسي للدولة، بمعنى عدم دستورية إبرام العقد في هذه الحالة.

المبحث الثاني
التعريف بنظام البوت B.O.T
وطبيعة العقود الإدارية المبرمة وفقا له

مصطلح البوت B.O.T هو اختصار لكلمات الإنشاء BUILD ثم OPERATE ثم النقل أو الإعادة أو التحويل TRANSEFER، ويفسر الشراح هذه الاصطلاحات بأنها تعني أن الحكومة أو إحدى الوزارات أو الجهات الإدارية في دولة ما، تعهد إلى أحد أشخاص القانون الخاص سواء كان من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية بإنشاء أو بناء أو تشييد مرفق عام أي مشروع يؤدي خدمة أساسية أو يشبع حاجة عامة لأفراد المجتمع، على نفقته الخاصة (BUILD)، على أن يحوزه لمدة معينة يتولى خلالها إدارة وتشغيل المشروع وأداء الخدمة المطلوبة لجمهور المنتفعين، بحيث يسترد منها تكاليف إقامة المشروع وتشغيله (OPERATE)، ثم يقوم في نهاية المدة المتفق عليها بتحويل أو تسليم المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة معه في حالة جيدة قابلة للاستمرار في تقديم الخدمة التي يؤديها (TRANSFER)، مع ملاحظة أن مدلول هذه الاصطلاحات قد يتغير في أشكال أخرى لنظام البوت، مثل نظام B.O.O.T.

وقد أشار المشرع العماني في عديد من التشريعات إلى هذا النظام أو مقتضاه، ففي قانون التخصيص سالف الذكر، يؤكد المشرع في المادة الثالثة على أساليب منح القطاع الخاص حق الإنشاء والملكية والإدارة وحق الامتياز وترخيص الإنشاء أو الإدارة أو التأجير لمشروعات التخصيص وإبرام عقود المشاركة في رأس المال والإدارة أو إحداهما"، وفي قانون تنظيم الاتصالات تشير المادة (٢٠) منه إلى ترخيص" إنشاء أو تشغيل نظام اتصالات أو تقديم خدمات اتصالات"، كما تؤكد المادة (٢٢) منه على "تشجيع المستثمرين الوطنيين والأجانب للاستثمار في قطاع الاتصالات"، وتلزم المادة (٤٤) منه كل مرخص له "بان يوفر على نفقته الخاصة جميع الإمكانات الفنية من أجهزة ومعدات

ونظم وبرامج الاتصالات.. ومراعاة التقدم الفني"، كذلك الحال في قانون تنظيم وتخصيص قطاع الكهرباء والمياه المرتبطة به، حيث تخول المادة (١٣) منه وزارة الاقتصاد الوطني "السماح للقطاع الخاص بتشييد وتملك وتشغيل وصيانة وتمويل وتطوير المشروعات التي تباشر الأنشطة الخاضعة لهذا القانون، والاستثمار فيها"، كما تجيز المادة (٦٤) منه لشركة الكهرباء القابضة "إنشاء شركات جديدة أو تكليف شركة قائمة للقيام بتملك وتشغيل وصيانة أي من الأصول أو التشغيل من المنشات أو الشبكات أو الأصول عند عودتها للشركة العمانية أو للحكومة".

ويستلزم التعرف على نظام البوت على نحو دقيق أن نحدد أولاً الأشكال المختلفة لهذا النظام والنظم المشابهة له، ثم نبين بعد ذلك طبيعة البوت القانونية في أشكاله المتعددة، وأخيراً نوضح أثر هذا النظام على طبيعة عقود الالتزام والاستثمار المبرمة وفقاً له.

المطلب الأول
أشكال وصور البوت وعناصره

البوت في جوهره طريق لتحقيق المشاركة بين الدولة أو السلطة الإدارية منها والقطاع الخاص، في تمويل وإنشاء مشروعات البنية الأساسية والمرافق، وإفساح المجال للقطاع الخاص للمساهمة في تطوير الاقتصاد الوطني وتخفيض العبء المالي والإداري عن الموازنة العامة، مما يمكن الدولة أو الحكومة من القيام بالاستثمارات الإستراتيجية المطلوبة في مجالات الخدمات الأساسية التي لا يستطيع القطاع الخاص القيام بها.

فوفقاً لتعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الانترال)، فإن البوت هو "شكل من أشكال تمويل المشروعات PROJECT، تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين يشار إليهم بالاتحاد المالي للمشروع، امتيازاً لتنفيذ مشروع معين وتشغيله

وإدارته واستغلاله تجارياً لمدة محددة من الزمن تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عائدات تشغيل المشروع، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون تكلفة أو بمقابل يكون قد تم الاتفــاق عليه مسبقاً خلال التفاوض على منـــح امتياز المشروع(٢٨).

غير أن الواقع العملي أثبت أن المشاركة والتمويل المشار إليهما لا يتخذان شكلاً واحداً، فبالرغم من أن شكل البوت B.O.T هو الصورة الرئيسية والشائعة عملاً، إلا أن ذلك لا ينفي وجود صور أو أشكال أخرى تتشابه مع هذا الأسلوب أو الشكل الشائع، وقد حاول بعض الفقهاء حصر هذه الأشكال الأخرى(٢٩)، بينما اكتفى جانب منهم بضرب أمثلة لها(٣٠)، على حين أقام فريق منهم تقسيماً لأشكال المشاركة فيها(٣١).

فمن الأشكال المشابهة لصورة البوت ظهرت أشكال (B.O.O.T) أي البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، و(B.O.O) أي البناء والتملك والتشغيل، و(B.L.T) أي البناء والتأجير ونقل الملكية و(B.T.O) أي البناء ثم نقل الملكية ثم التشغيل، و(D.B.F.O) أي التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (B.R.O.T) أي البناء والاستئجار والتشغيل والتمويل، و(M.O.O.T) أي التحديث والتملك والتشغيل ثم نقل الملكية، وأنواع أو أشكال أخرى عديدة.

أما عن تقسيم أشكال مشاركة القطاع الخاص في تمويل وإنشاء المرافق العامة ومشروعات البنية الأساسية، فهي تتمثل في ستة أشكال هي عقود الخدمات، وعقود

(٢٨) راجع تقرير هذه اللجنة في الدورة التاسعة والعشرين من ٥/٢٨الى ٦/١٤عام ١٩٩٦م بعنوان "الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية".

(٢٩) الدكتور عمرو حسبو: المرجع السابق – ص١٠٣وما بعدها.
الدكتور ماهر محمد حامد: المرجع السابق – ص٢٩ وما بعدها.

(٣٠) الدكتور جابر جاد نصار: المرجع السابق – ص٤٦ وما بعدها.

(٣١) الدكتور هاني صلاح سري: الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها – بحث مقدم إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المؤتمر الدولي عن عقود البوت وحسم المنازعات الناشئة عنها – القاهرة – ٢٨ و٢٩ اكتوبر٢٠٠٠ – ص٥ وما بعدها.

الإدارة والتشغيل والصيانة، وعقود الإيجار، وعقود التزام المرافق العامة، وعقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، وخصخصة مشروعات البنية الأساسية.

والواقع أن الاختيار بين كل هذه الأشكال المتنوعة، هو أمر يعتمد بالدرجة الأولى على موضوع أو محل هذا النظام، وهل هو استغلال المرافق العامة أم استثمار الأموال العامة وهل يتصل بالبنية الأساسية للدولة أم بالتنمية الاقتصادية لها، وهل سيتم تمويل المشروع بأموال وطنية أو أجنبية، ومدى المخاطر الاقتصادية التي تحيط بهذا المشروع، ومن سيتحمل مسئولية الاستثمارات التمويلية وغير ذلك من أمور تؤثر في اختيار الدولة للشكل الذي يتوافق مع الظروف المحيطة بالمشروع.

وفي تقديرنا أن اختيار الشكل المناسب لنظام البوت يتطلب فحص عدة بدائل تتناول عناصر أربعة تمثل عناصر هذا النظام بصفة عامة، وذلك على النحو التالي:

أولاً: إقامة المشروع: في هذه المرحلة الأولية قد يتطلب الأمر اتفاق الإدارة مع المستثمر على تصميم Design وبناء المشروع المتفق عليه بما يشمله ذلك من وضع دراسات فنية واقتصادية وتصميمات ونماذج ثم إنشاء Build المشروع وتأسيسه وإمداده بالآلات والمعدات والأجهزة والعاملين، وكل ذلك على نفقته سواء بأمواله الذاتية أم بتمويل داخلي أو خارجي من المصارف أو البنوك.

وقد تلزم الحكومة المستثمر بتصميم معين منذ البداية مثل تصميم مطار أو ميناء أو شبكة للطرق وفقاً لشروط فنية موضوعة سلفاً بواسطة الحكومة وأجهزتها الاستشارية، بحيث يقتصر دور المستثمر في هذه المرحلة على بناء المشروع وتمويله وفقاً لهذا التصميم.

وأخيراً قد يكون المرفق العام القائم أو الموجود فعلاً في حاجة فقط إلى التحديث Modernize أو التطوير Rehabilitate أو التجديد Renewal، فيقوم المستثمر بإعادة تشييد

المرفق أو المشروع وتطويره تكنولوجياً وفقاً لأحدث المستجدات العالمية، دون حاجة إلى بناء مثل هذا المرفق أو المشروع مرة أخرى.

وهكذا قد تتمثل هذه المرحلة المتصلة بإقامة المشروع في بناء Build المشروع من الألف إلى الياء أما وفقاً لتصميم Design سبق للحكومة وضعه ، أو وفقاً لتصميم يضعه المستثمر ذاته، أو أن يقتصر الأمر على تحديث Modernize أو تجديد Renewal مشروع قائم فعلاً وتزويده بأحدث التطورات التقنية، ومن ثم يتم استبدال مصطلح "البناء" في النظام المتفق عليه ليكون "التحديث" أو "التجديد".

ثانياً: الإطار القانوني للمشروع: الأصل في هذه المرحلة أن ملكية المشروع لا تنتقل بشكل نهائي إلى المستثمر من القطاع الخاص، بل تظل الملكية على ذمة الدولة طوال مدة العقد، فلا يكون للمستثمر إلا حيازة المشروع ومباشرة حق الاستغلال عليه الذي ينتهي بانتهاء مدة العقد"(٣٢)"، وعليه لا يسوغ الزعم بأن شركة المشروع أو المستثمر تتملك هذا المشروع إبان إدارته أو تشغيله، إذ لا يخرج هذا المشروع عن كونه أحد المرافق العامة أي أنه من الأموال العامة، وهي أموال لا يجوز للأفراد تملكها أياً كانت شروط الاتفاق أو صياغته، ومن ثم تظل هذه المرافق أو المشروعات مملوكة للدولة ملكية إدارية، وتبقى علاقة المستثمر بالمشروع قائمة على أساس أن يده عليه يد عارضة، فتكون له فقط حيازة قانونية للمشروع تخوله حق الانتفاع به باستعماله واستغلاله طوال الفترة المتعاقد عليها دون التصرف فيه، ووفقاً لهذا الأصل العام فان مدلول اصطلاح Transfer تعني فحسب تحويل المشروع أو إعادة حيازته وحق الانتفاع به إلى الدولة، وليس نقل ملكيته إليها.

(32) FAYE LEVIN, Introduction to "B.O.T" A paper presented at the International "B.O.T" Conference, Hurghada, Egypt.1996,P.6.

ولذلك يثور التساؤل حول مدلول كلمة Ownership في الأنظمة أو الأشكال التي تتضمن هذه الكلمة مثل B.O.O.T وB.O.O و B.O.L.TوM.O.O.T، وفي هذا الصدد نؤيد ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن الملكية المقصودة ليست هي الملكية الكاملة بعناصرها المعروفة في القانون المدني، والتي هي أوسع الحقوق العينية نطاقاً، وهي الاستئثار بالشيء في استغلاله واستعماله والتصرف فيه، وإنما هي ملكية مشروطة مؤقتة مرحلية مقصورة على ملكية المستثمر للمعدات والأدوات الرأسمالية خلال مدة الإنشاء فقط، دون الأرض التي تظل مملوكة لمالكها الأصلي، ويكون للمستثمر الحق في استغلال المشروع فقط بتحصيل عوائده، ولكن لا يجوز له التصرف فيه، والتصرف هو أهم ما يميز حق الملكية، فلا يجوز له – مثلاً– أن يبيعه أو يهبه أو يوصي به أو يتنازل عنه لجهة أخرى، دون الرجوع إلى المالك، ولا يكون الحق حق ملكية إذا منع صاحبه من التصرف فيه منعاً أبدياً. وهكذا تظل الملكية في نظام البوت بكافة أشكاله للدولة مانحة الامتياز باعتبار أن المشروع يبني لحسابها وان كان التمويل من القطاع الخاص، وما يتم نقله إليها عند انتهاء مدة المشروع هو حيازة المشروع وليس ملكيته، ولعل المقصود بإيراد اصطلاح "الملكية" في بعض هذه الأشكال –في تقدير هذا الرأي– هو تعبير مجازي بغرض تحفيز المستثمرين (٣٣).

غير أنه من الجائز أن ترى الإدارة تقنين هذه الحيازة أو حق الانتفاع في علاقة قانونية تتمثل في عقد إيجارRent Lease ، بمعنى أن المستثمر بعد أن يقوم ببناء المشروع لحساب المالك أي الدولة أو الحكومة، والغالب أن يتم ذلك بتمويل من المستثمر ذاته،

(٣٣) الدكتور ماهر محمد حامد: المرجع السابق – ص ٣١ – ٣٧.
وتجدر الإشارة إلى أن هذا الفقيه هو من فقهاء القانون الخاص وقد قام بتفنيد القول بتملك المستثمر للمشروع في بعض أشكال البوت، واثبت أن المستثمر لا يملك حق الانتفاع أو الاستعمال والاستغلال بصورة خالصة حيث يتم ذلك تحت إشراف الدولة المالك الأصلي الذي يستطيع التدخل بإجباره على الاستمرار في تشغيل المرفق ومشاركته في أرباح وتحديد حجم استثماراته ووقت التنفيذ دون أي ضمان أو تعويض.

يقوم باستئجار Rent المشروع لفترة معينة يحصل من خلالها على مقابل تقديم الخدمة للجمهور لتغطية نفقات الإنشاء وهامش الربح المعقول، وهو ما يحدث في مشروعات إنشاء القرى السياحية والمطارات والفنادق والمنتجعات، وقد يتحقق ذلك بصدد مشروعات قائمة فعلاً يستأجرها المستثمر ثم يقوم بعمليات التجديد والتطوير ومن ثم التشغيل والاستغلال خلال مدة الإيجار قبل إعادة المشروع لمالكه الأصلي وهو الدولة أو الحكومة في حالتنا هذه كما أنه من الجائز الالتجاء إلى أسلوب التأجير التمويلي Lease حيث يقوم المستثمر ببناء المشروع وتملكه مؤقتاً ثم يؤجره للمالك أو للغير لإدارته وتشغيله خلال فترة العقد مقابل دخل إيجاري يكفل له استرداد تكاليف الإنشاء وأرباحه.

ثالثاً: تشغيل المشروع: يعتبر عنصر تشغيل Operate المشروع هو أهم عناصر نظام البوت في مختلف أشكاله، حيث يتولى المستثمر تشغيل هذا المشروع، والغالب أن يتخذ شكل الشركة التجارية، واستغلاله وإدارته بهدف الحصول على إيراد أو دخل أو عوائد مالية مناسبة وفقاً لما هو منصوص عليه في العقد المبرم بينه وبين الدولة أو مالك المشروع، بحيث يسترد المستثمر تكاليف إنشاء المشروع من عائد التشغيل مع تحقيق ربح مناسب يمثل بالنسبة له الدافع الرئيسي على إبرام العقد، وفي الوقت ذاته يقوم بتقديم الخدمة لجمهور المنتفعين إذا تمثل المشروع في مرفق عام، أو مشاركة الدولة له في عائد الاستثمار في حالة الموارد والثروات الطبيعية أو الأموال العامة، وطوال مدة العقد يلتزم المستثمر بتطوير المشروع وتحديثه وصيانته ليعود سليماً صالحاً للاستغلال بعد انتهاء هذه المدة، ما لم يتم استهلاكه أو انتهاء عمره الافتراضي بمضي تلك المدة.

رابعاً: تحويل المشروع: بالرغم من إشارة كثير من الفقهاء إلى أن اصطلاحtransfer يعني نقل الملكية أو إعادتها إلى الدولة، إلا أن الراجح في معظم أشكال نظام البوت –كما سبق أن أشرنا– أن هذا الاصطلاح يعني تحويل المشروع ذاته وليس ملكيته إلى الدولة

أو الإدارة المتعاقدة مع المستثمر الذي قام ببناء وتمويل المشروع لحسابها من البداية، ومن ثم فإنه بانتهاء مدة التعاقد – دون تجديدها- يلتزم المستثمر بنقل أو إعادة أو تحويل حيازة المشروع إلى الجهة التي تعاقد معها بدون مقابل وفي حالة جيدة، بل وقد يلتزم بفترة ضمان محددة بعد انتهاء مدة التعاقد، وقد ترى الدولة بعد ذلك تجديد حق الامتياز لذات المستثمر ولكن بشروط جديدة أفضل، أو منح هذا الحق لمستثمر آخر بشروط أكثر تحقيقاً للمصلحة العامة، كما أنها قد ترى بيع أصول المشروع إذا استنفد الغرض من إقامته، أو أن تتولى بنفسها إدارة وتشغيل هذا المرفق بأسلوب الاستغلال المباشر.

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية لعقود البوت

اختلفت الآراء الفقهية حول تحديد طبيعة عقود البوت، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى وصف البوت بأنه تنظيم اقتصادي، بينما ذهب آخرون إلى اعتباره وعقد الالتزام شيئاً واحداً، على حين انتهى جانب منهم إلى أن البوت هو نظام تعاقدي وإن كنا نراه نظاماً قانونياً، وذلك على النحو التالي:

أولاً: البوت تنظيم اقتصادي: يذهب هذا الرأي إلى أن نظام البناء والتشغيل والتمويل ليس عقداً أو اتفاقاً، بل هو تنظيم أو مفهوم اقتصادي يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقيات والعقود بين أطراف مختلفة، ومن ذلك اتفاق الترخيص أو الامتياز الذي تبرمه الدولة مع المستثمر، وما يرتبط من به من اتفاقات تكميلية، كما توجد الاتفاقات التي تبرم بين المساهمين في شركة المشروع والمستثمر لتنظيم العلاقة الداخلية، واتفاقات التمويل التي تقوم بين المستثمر ومجموعة البنوك المقرضة، وأيضاً الاتفاقات التي تبرم بين

المستثمر وكونسرتيوم المقاولات لتشييد المشروع كما توجد أيضاً الاتفاقات بين المستثمر وشركة التشغيل لإدارة وتشغيل وصيانة المرفق، وغير ذلك من الاتفاقات"[٣٤]".

ثانياً: الطبيعة التعاقدية للبوت: ينتقد أنصار هذا الاتجاه الرأي السابق لأنه ينكر الطبيعة الاتفاقية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ويخرج بها عن الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة التنظيمية بدعوى أنه يتضمن العديد من الاتفاقات التي قد تتعارض فيها مصالح أطرافها، وهذا غير صحيح حيث إن هذه الاتفاقات الفرعية إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين جهة الإدارة وبين شركة المشروع، أما العقود الأخرى التي تبرم تنفيذاً لهذا العقد فهي لا تؤثر في طبيعته، والتي يمكن أن تكون عقود التزام أو عقود أشغال أو عقود توريد أو عقوداً تتعلق بالتمويل، وقد تكون عقودا إدارية أو مدنية حسب الأحوال[٣٥].

بيد أن أنصار الطبيعة التعاقدية للبوت اختلفوا في التكييف القانوني لعقد البوت فمقتضى الرأي السالف أن البوت هو عقد رئيسي له ذاتيته المستقلة عن العقود التي تتفرع عنه أو تنبثق منه تنفيذاً له، والتي قد تكون عقود التزام أو عقود أشغال أو توريد أو تمويل، وهي إما أن تكون عقوداً إدارية أو مدنية حسب الأحوال، وعلى ذلك يكون عقد البوت هو الإطار العام الذي يضم كل هذه العقود المتفرعة عنه.

وعلى خلاف ذلك ذهب عديد من الفقهاء إلى القول بأن عقد البوت ليس سوى عقد التزام أو امتياز المرافق العامة في حقيقته القانونية[٣٦]، وان كان أنصار هذا الاتجاه قد انقسموا إلى فريقين يرى أولهما أن العقد في هذه الحالة هو عقد إداري بينما اتجه

(٣٤) الدكتور هاني صلاح سري: الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل في مصر – مجلة القانون والاقتصاد – العدد ٦٩ – ١٩٩٩ – ص١٧٣ وما بعدها.
(٣٥) الدكتور جابر جاد نصار: المرجع السابق ص٥٠.
(٣٦) الدكتور عمرو احمد حسبو: المرجع السابق – ص٦ وما بعدها .

الفريق الثاني إلى اعتباره من عقود الإدارة العادية التي تخضع منازعاتها للقانون على نحو ما سنفصله في المطلب القادم.

ثالثاً: البوت هو نظام تعاقدي: يتجه بعض الفقهاء إلى القول بأن نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع هو نظام تعاقدي، فهو في صورته الأساسية توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء مشروع معين، يستغله الطرف المنشئ وهو المستثمر فترة من الزمن يقوم فيها بتشغيله واستغلاله ليسترد خلالها ما أنفق ويجني أرباحاً مناسبة، ثم يعيده إلى الطرف الأول المالك له أصلاً. ولما كان العقد -بصفة عامة- هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه، فإن نظام البوت لا يخرج عن هذا المفهوم، فهو توافق إرادتي طرفين أحدهما يملك والآخر يستثمر، بينما يقوم الطرف الآخر المستثمر بالتشييد والاستغلال فترة زمنية ثم الإعادة إلى المالك، وبذلك فإن نظام البوت هو نظام تعاقدي منشؤه توافق إرادات الأطراف المتعاقدة(٣٧).

وبالرغم من أن مفاد هذا الرأي أن البوت هو في جوهره نظام يمكن التعاقد بمقتضاه فيكون موضوعاً له، إلا أن هذا الاتجاه ينتهي في تحليله إلى أن البوت كنظام يندمج في العقد الذي يأخذ به، ويصبح بالتالي عقد البوت وليس نظامه، وهو في تقدير صاحب هذا الاتجاه من عقود التمويل والاستثمار بما يجعله أقرب إلى طبيعة عقود القانون الخاص(٣٨).

رابعاً: البوت هو نظام قانوني: في تقديرنا أنه يتعين أن يكون التكييف القانوني لطبيعة البوت أنه نظام قانوني، فهو ليس مجرد تنظيم اقتصادي وإن كان الغالب عدم الالتجاء إليه كنظام إلا في المشروعات الاقتصادية أو ذات الطابع التجاري التي يمكن أن

(٣٧) الدكتور ماهر محمد حامد: المرجع السابق – ص٤٢،٤٣.
(٣٨) الدكتور ماهر محمد حامد: المرجع السابق ــ ص ٤٥،٤٤.

تحقق ربحاً أو عائداً مجزياً، كما أنه ليس في جوهره عقداً أو اتفاقاً أو توافقاً بين إرادتين أو أكثر، وأن كان من الممكن بطبيعة الحال أن يكون محلاً لهذا الاتفاق أو التوافق ومن ثم يتم إبرام العقد وفقاً لهذا النظام، سواء كان هذا العقد من العقود الإدارية أم غير ذلك، فإذا توافر في العقد شروط العقد الإداري كان إدارياً، أما إذا لم تتحقق هذه الشروط فإنه سيكون من عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص واختصاص محاكم القضاء العادي.

يؤكد ذلك أنه في وسع أشخاص القانون الخاص أن يأخذوا بهذا النظام في عقودهم الخاصة التي تبرم فيما بينهم، فليس هناك أي مانع قانوني يحول بين أحد أشخاص القانون الخاص مثل الشركات أو الجمعيات الخاصة وإبرام عقد يعتمد على نظام البوت وذلك لمواجهة النقص في الخبرة أو سداً لمشكلة نقص السيولة المالية لديها، فيمكن مثلاً لشركة سياحية تعمل في مجال الفندقة أو القرى والمنتجعات السياحية أن تلجأ إلى مستثمر أو شركة تمويل والاتفاق معها على إنشاء مشروع قرية سياحية بتمويل منها ثم استغلال المشروع فترة من الزمن، وإعادته بعدها إلى الشركة المالكة الأصلية ، ولذلك يذهب معظم الفقه إلى أن وجود الدولة أو الحكومة في العلاقة التي ينظمها البوت، ليس ركناً في تعريف هذا النظام، وبالتالي فإن العقد المبرم وفقاً لهذا النظام بين أشخاص القانون الخاص يكون في كل الأحوال عقداً مدنياً يخضع في أحكامه لما اتفق عليه الأطراف ولقواعد القانون الخاص سواء القانون المدني أم القانون التجاري(٣٩).

---

(٣٩) الدكتور جابر جاد نصار: المرجع السابق – ص٤٢.
الدكتور ماهر محمد حامد: المرجع السابق – ص٢٥ وما بعدها.
المستشار محمود محمد فهمي: عقود الـB.O.T وتكييفها القانوني – بحث مقدم إلى مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T – القاهرة – يناير ٢٠٠١ – ص٢ وما بعدها.
الدكتور محسن احمد الخضيري: التمويل بدون نقود – مجموعة النيل الدولية – ص٢٤.
الدكتور محمد بهجت قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً الـ B.O.T أو الـ B.O.O.T – دار النهضة العربية –٢٠٠٠– ص١١٢.

من ناحية أخرى، يدعم رأينا بأن البوت هو نظام قانوني وليس بالضرورة عقداً، أنه يجوز للدولة أن تلجأ إلى التخلي تماماً عن وسيلة التعاقد وتستبدلها بوسيلة الترخيص، وهو في الأصل من القرارات الإدارية، وأن كان يستلزم قدر من التفاوض حول النظام الذي سيتم التوصل إليه لاستصدار الترخيص وفقاً لأسسه أو ضوابطه، وهو الأسلوب أو الوسيلة التي يفصلها المشرع العماني على نحو ما سبق عرضه.

وعلى ذلك نخلص إلى أن البوت هو نظام قانوني تتحدد بمقتضاه الحقوق والالتزامات، الناشئة عن اتباعه، سواء تم الأخذ به في عقد من العقود التي تبرمها الدولة والإدارة مع مستثمر أو شركة خاصة، أو في ترخيص تمنحه الدولة لهذا المستثمر أو تلك الشركة، وذلك بقصد استغلال وتشغيل أحد المرافق العامة أو استثمار أحد موارد البلاد من الأموال العامة، على أن تقوم الشركة الخاصة أو المستثمر بتمويل إقامة هذا المشروع وإدارته من مواردها الذاتية طوال المدة المتفق عليها، ثم إعادته في نهايتها للجهة التي تعاقدت معها.

ويبقى بعد ذلك التساؤل عما إذا كانت عقود الالتزام والاستثمار التي تبرمها الدولة أو الحكومة وفقاً لنظام البوت تبقى على طبيعتها الإدارية أم أنها تتحول إلى عقود مدنية أو تجارية أو دولية بعيداً عن القانون الإداري ونظام العقود الإدارية.

المطلب الثالث
طبيعة عقود الالتزام والاستثمار المبرمة وفقا لنظام البوت

انتهينا فيما تقدم إلى أن الأصل في عقد التزام المرافق العامة أو استثمار أحد الأموال العامة إنه بطبيعته عقد إداري ذو طبيعة اقتصادية، ومحله هو حق امتياز لاستغلال المرفق العام أو لاستثمار المال العام، وذلك وفقاً لنظام يتحدد بمقتضاه مدى وطبيعة الحقوق والالتزامات الناشئة عنه بين طرفي العقد، ويعتبر نظام البوت أهم وأكثر

الأنظمة انتشاراً في السنوات العشرين المنصرمة، حيث لاقت فكرة البوت قبولاً وتأييداً ومساندة من المؤسسات والهيئات الاقتصادية الدولية، كإستراتيجية جيدة لخفض الأعباء المادية عن الموازنة العامة في الدول النامية، ورفع الكفاءة في أداء وإشباع الحاجات والخدمات الأساسية لمواطنيها، ودعم وتنمية القطاع الخاص فيها، وتشجيع الاستثمارات الأجنبية على ارتياد أسواقها، وجذب الخبرات الفنية والإدارية والتكنولوجيا الحديثة.

غير أن المشرع العماني لم يضع تنظيماً محدداً للبوت بصفة عامة أو لأي من أشكاله المتنوعة، وهو ذات الأمر في معظم الدول، مما أدى إلى تساؤل الفقه واختلافه حول النظام القانوني الذي يحكم العقود التي تبرم وفقاً لنظام البوت، وكذلك حول النظام القضائي الذي تخضع له المنازعات الناشئة عنه، وذلك إذا كان أحد طرفي العقد هو الدولة أو من يمثلها من الجهات الإدارية أو الحكومية، إذ إنه ليس ثمة مشكلة عندما يبرم العقد بين طرفين كلاهما من أشخاص القانون الخاص، حيث من المسلم أن العقد في هذه الحالة سيخضع لأحكام القانون المدني أو القانون التجاري باعتباره من عقود القانون الخاص.

أما إذا كان العقد من عقود الإدارة، فهنا يثور التساؤل حول طبيعة العقد حتى يتسنى رده إلى النظام القانوني الذي يتفق ويتوافق مع طبيعته، حيث انقسم الفقه إلى فريقين، يرى أولهما وهم من فقهاء القانون العام أنها من العقود الإدارية، بينما ذهبت غالبية فقهاء القانون الخاص إلى تكييفها بأنها من عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، وإن كان الاختلاف بينهم قد وقع حول الطبيعة المدنية أو التجارية لهذه العقود، وهذا ما سنوضحه بقدر من التفاصيل فيما يلي، وذلك قبل عرض ما نراه في هذا الصدد.

أولا: الطبيعة الإدارية لعقود الالتزام والاستثمار المبرمة وفقا لنظام البوت:

يلتقي فقهاء القانون العام على أن عقود البوت ليست في حقيقتها سوى عقود التزام المرافق العامة المعروفة منذ سنوات طويلة مضت، ولما كانت هذه العقود وبغير

جدال من العقود الإدارية بطبيعتها متى كانت الإدارة طرفاً فيها واتصلت بنشاط مرفق عام، فإنها تخضع بذلك لأحكام القانون الإداري، وتختص محاكم القضاء الإداري بالفصل في الخصومات المتصلة بها.

ويدلل أنصار هذا الاتجاه على صحة رأيهـم بأن عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع قد استجمع كل أركان العقد الإداري، حيث إن الدولة مانحة الامتياز في عقود البوت تتعاقد بوصفها سلطة عامة مع شركة خاصة أو مستثمر وطني أو أجنبي لبناء وتشغيل أو إدارة المرفق لمدة معينة ثم نقل حيازته أو ملكيته للجهة مانحة الالتزام بعد انتهاء هذه المدة دون مقابل، مع إخضاع الملتزم لكافة القواعد المنظمة لسير المرافق العامة، ومنها حق الإدارة في الرقابة والتوجيه والتعديل وفسخ العقد، وبذلك تتحقق في عقود البوت أو بالأحرى عقود التزام المرافق العامة المبرمة وفقاً لنظام البوت العناصر المميزة للعقد الإداري، حيث إن العقد قد أبرمه أحد أشخاص القانون العام، واتصل بنشاط مرفق عام، واتبعت الإدارة فيه أساليب القانـون العام مما ضمنتـه العقد من شروط استثنائيـة غير مألوفة في روابط القانون الخاص(٤٠).

ثانيا: عقد البوت من قبيل عقود القانون الخاص:

يتفق معظم فقهاء القانون الخاص على أن عقود البوت لا يمكن إخضاعها للقواعد المنظمة للعقود الإدارية لعدم توافر شروط العقد الإداري في تلك العقود، علاوة على أن

(٤٠) الدكتور جابر جاد نصار: المرجع السابق – ص٥٣ وص١١١.
الدكتور عمرو احمد حسبو: المرجع السابق – ص٧ وص١٢٠ وص١٣٤ وما بعدها.
المستشار محمود محمد فهمي: المرجع السابق – ص٤٢.
الدكتورة جيهان حسن سيد احمد: عقود الـ B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها – دار النهضة العربية –٢٠٠٢–ص٤٧.
الدكتور جمال عثمان جبريل: الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية – بحث منشور لدى د. حمدي عبد العظيم (محرر) بعنوان مشروعات الـ B.O.T وأخواتها – مركز أكاديمية السادات للعلوم الإدارية – ٢٠٠١ – ص٨٣ و٨٥.

هذه العقود لا يمكن ضمها إلى عقود امتياز أو التزام المرافق العامة لعدم توافر أركان عقد الالتزام في عقود البوت واختلافها في الطبيعة والشروط.

ولذلك فإن الراجح لدى فقهاء القانون الخاص أن عقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع (البوت) من عقود القانون الخاص، ومن ثم تخضع لقواعد القانون المدني أو التجاري بحسب الأحوال، وينعقد الاختصاص بالفصل في المنازعات المتصلة بها للقضاء العادي، وذلك تأسيساً على الحجج التالية:

١- أن جميع عقود البوت تقوم على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويسودها مبدأ سلطان الإدارة، كما أنها من الناحية العملية تقوم على أساس حقوق والتزامات متوازنة بين الطرفين، دون أن يكون للحكومة أو الجهة الإدارية المتعاقدة سلطات تميزها عن الطرف الآخر، ذلك أن هذه العقود شأنها شأن عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شروطاً استثنائية، وخاصة إذا كانت من عقود التجارة الدولية، وعليه فإن العقود التي تبرمها الدولة لإنشاء المرافق العامة بنظام البوت هي عقود تبرمها الجهة الإدارية المتعاقدة بأسلوب القانون الخاص أي أنها من عقود الإدارة العادية التي تخضع منازعاتها لاختصاص القضاء العادي ويحكمها القانون الخاص، حيث يتم التعامل بين طرفي العقد في هذه الحالة على قدم المساواة.

٢- إن نظام البوت صورة حديثة من صور تمويل المشروعات، حيث يقوم القطاع الخاص بإنشاء المشروع المتعاقد عليه وتمويله، لذلك يتعين على الدولة أن تتعاقد مع هذا القطاع طبقاً لآليات اقتصاد السوق الحر، التي تقتضي أن يكون التعامل فيه على قدم المساواة، مما يوجب على الإدارة عدم استخدام أساليب وامتيازات السلطة العامة، الأمر الذي تأباه طبيعة عقود التزام المرافق العامة.

٣- إن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة التي تتعاقد بذات الأساليب التي يتعاقد بها الأفراد، أي بأسلوب القانون الخاص، لأن الدولة أو الجهات الإدارية التابعة لها، ولئن استطاعت أن تضمن عقودها من الداخل أساليب أو امتيازات السلطة العامة التي تقوم على تمييز جهة الإدارة في موجهة المتعاقد معها، فإن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود التي تحتوي على طرف أجنبي، لأن سيادة الدولة محددة داخل إقليمها الجغرافي، ومن ثم عليها أن تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها إذا كان أجنبياً، حتى لا تحجم الشركات دولية النشاط والاتحادات المالية عن إبرام عقود البوت برغم حاجة الدولة إلى الاستثمارات الأجنبية، ولذلك يجري العمل في بعض عقود البوت على تحديد طبيعة العقد بالنص صراحة على أنه عقد مدني وليس عقداً إدارياً، أو ضمناً بالنص على عدم جواز تعديل أي بند من بنود الاتفاق دون تفرقة بينها إلا باتفاق الطرفين، أو بانعقاد الاختصاص بالفصل في منازعات العقد للتحكيم أو القضاء العادي[٤١].

غير أنه يلزم ملاحظة أن فقهاء القانون الخاص يختلفون في تحديد الطبيعة الخاصة غير الإدارية لعقود البوت، فمنهم من يراها عقوداً مدنية ومنهم من يذهب إلى أنها عقود تجارية، وآخرون يتجهون إلى تكييفها بأنها من عقود التجارة الدولية[٤٢].

---

(٤١) الدكتور ماهر محمد حامد: المرجع السابق – ص١٢ و٤٦ و١٧٧ وما بعدها .
الدكتور محمد بهجت قايد: المرجع السابق – ص ٢٨ و٢٩.
الدكتور هاني صلاح سري: البحث سالف الإشارة – مجلة القانون والاقتصاد – ١٩٩٩ – ص١٨١.
الدكتور سامي عبد الباقي أبو صالح: الإطار التشريعي والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص B.O.T – بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي لمشروعات البوت – شرم الشيخ – ٢٠٠١ – ص٨ وما بعدها.
الدكتور محمد عبد الحميد القاضي: الطبيعة القانونية لعقود البوت – دار النهضة العربية – ٢٠٠٣ – ص٩١.
الدكتور احمد السعيد الزقرد: عقود البوت وآليات الدولة الحديثة – بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس لكلية الحقوق – جامعة المنصورة – مارس ٢٠٠٢ – ص ١٠ و١١.

(٤٢) راجع هذه الآراء في:
الدكتور محمد بهجت قايد: المرجع السابق – ص٢٨ وما بعدها.
الدكتور ماهر محمد حامد: المرجع السابق – ص١٨٧ وما بعدها.

وبالرغم من أن كثيراً من فقهاء القانون التجاري ينتقدون تسمية العقود التجارية والتفرقة بينها وبين العقود المدنية، استناداً إلى أن العقد لا تتغير أركانه وعناصره وفقاً لما إذا كان مدنياً أو تجارياً، ومن ثم فإن النظرية العامة للالتزامات تطبق على كافة العقود دون تفرقة، والعقود التي تنظمها -عادة- المجموعة المدنية تكون إما مدنية أو تجارية بحسب القصد من إجرائها عند التعاقد وصفة القائمين بها وفقاً لنظرية الأعمال التجارية"[٤٣]"، إلا أن السائد لدى فقه القانون الخاص أن عقود البوت تنتمي إلى العقود التجارية تأسيساً على أنها تنشأ بمناسبة استغلال مشروع اقتصادي، وبالتالي فهي من عقود التنمية الاقتصادية في الوقت الراهن، وعليه تخضع هذه العقود وتلك المشروعات لأحكام القانون التجاري، مع مراعاة أنه إذا تضمنت هذه العقود عنصراً خارجياً أو دولياً، وهذا هو الغالب في عقود البوت التي تبرم مع شركة أجنبية أو دولية، فإن العقد يوصف بأنه من عقود التجارة الدولية، أياً كان المعيار الذي يؤخذ به لتحديد صفة الدولية، مما مؤداه تطبيق قواعد التجارة الدولية والمبادئ القانونية العامة الدولية، وخاصة في حالة خلو قانون الدولة المتعاقدة من نصوص تحكم نظام البوت[٤٤].

ثالثا: رأينا بصدد هذا الموضوع:

قبل أن نعرض لرأينا حول طبيعة عقود الالتزام والاستثمار المبرمة وفقاً لنظام البوت، يتعين علينا أولاً أن نحدد وجهة نظرنا تجاه الرأيين سالفي الذكر، حتى يتسنى تحديد مقطع الخلاف بينهما، ومن ثم يمكن تأسيس رأينا في هذا الموضوع وفقاً لذلك.

---

(٤٣) الدكتورة سميحة القليوبي: شرح قانون التجارة الطبعة الثانية – ٢٠٠٠ – ص٥.
الدكتور مصطفى كمال طه: القانون التجاري – ١٩٨٨ – ص٣٠٥.
الدكتور عبد الفضيل محمد احمد: العقود التجارية وعمليات البنوك – ١٩٩٩ – ص٥.

(٤٤) الدكتور محمد بهجت قايد: المرجع السابق – ص ٢٨ و٢٩.
الدكتور محمد عبد الحميد القاضي: المرجع السابق – ص٣٨ .
الدكتور ماهر محمد حامد: المرجع السابق – ص٢١٣.
الدكتور محمد الروبي: عقود التشييد والاستغلال والتسليمB.O.T – دراسة في إطار القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية – ٢٠٠٤ – ص٦٤ وما بعدها.

أ- فبالنسبة إلى الاتجاه الأول فإننا نرى أنه ليس من السائغ الخلط بين عقد الالتزام ونظام البوت واعتبارهما شيئاً واحداً، فالبوت ليس في ذاته عقد الالتزام، بل هو نظام قانوني أثبت العمل أنه نموذج صالح لإقامة وتنفيذ وتطوير مشروعات البنية الأساسية واستغلال المرافق العامة في الدولة كما سلف لنا بيانه، وقد يكون الشائع هو الأخذ بهذا النظام في عقود الالتزام على وجه الخصوص، بل وقد يكون من المسلم أن أساس وتاريخ ظهور نظام البوت يرتد إلى عقود التزام المرافق التي عرفت في فرنسا منذ القرن الثامن عشر(٤٥)، وفي مصر منذ القرن التاسع عشر(٤٦)، إلا أن ذلك لا يعني أن البوت وعقد الالتزام يندمجان في أمر واحد، إذ العقد هو الأداة التي بواسطتها يمكن تقرير الأحكام أو النظام المتفق عليه، أي أنه الوسيلة أو الوعاء القانوني الذي يحتوي على هذا النظام محل الاتفاق وموضوعه، والبوت هو ذلك النظام الذي يمكن الاتفاق على اتباعه، ومن ثم تتحدد أحكامه وفقاً للشكل الذي يتم الأخذ به.

يؤكد ذلك أن نظام البوت يمكن اتباعه في عقود أخرى غير عقد التزام المرافق العامة بالمعنى الضيق لمفهوم المرفق العام، مثل بعض عقود الأشغال العامة، وخاصة تلك المتصلة بتشييد الطرق العامة واستغلالها، وكذلك عقود استثمار الأموال العامة، كما أنه يمكن الأخذ بنظام البوت من خلال أداة قانونية أخرى غير العقود، وهي أداة الترخيص الإداري الذي يعتبر كما أسلفنا الشرح من القرارات الإدارية.

وعليه يبقى التساؤل قائماً حول مدى تأثر الطبيعة القانونية لعقود التزام المرافق العامة وعقود استثمار الأموال العامة، إذا تم الأخذ بنظام البوت ليحكم محل هذه العقود وموضوعها.

---

(٤٥) وقد كان ذلك بمناسبة منح الحكومة الفرنسية امتياز توزيع مياه الشرب في مدينة باريس إلى شركة "بريبه اخوان" عام ١٧٩٢ - راجع في ذلك د. محمد الروبي: المرجع السابق - ص٦٥.

(٤٦) بدأ ذلك عندما منحت الحكومة المصرية امتيازاً للشركة العالمية لقناة السويس، يجيز لها إنشاء القناة وتشغيلها لمدة ٩٩ عاماً تبدأ في عام ١٨٦٩.
المستشار محمود محمد فهمي: المرجع السابق - ص٣.

ب- أما عن الاتجاه الثاني فمن الملاحظ أن أنصار هذا الرأي قد اجتهدوا كثيراً للتوصل إلى نفي طبيعة العقد الإداري عن عقود الالتزام أو البوت تأسيساً على عدم وجود شروط استثنائية غير مألوفة فيها، اعتقاداً منهم أنه يشترط حتماً في العقد الإداري أن يتضمن مثل هذه الشروط فبحسب هذا الاتجاه فإن الشروط الاستثنائية هي التي تقرر عدم المساواة بين طرفي العقد، وذلك بمنح الشخص العام مركزاً أعلى من المتعاقد معه بقصد تحقيق المصلحة العامة، غير أنه من المسلم أن للدولة إذا شاءت أن تضع نفسها على قدم المساواة مع الأفراد، عندئذ يخضع نشاطها للقانون الخاص واختصاص القضاء العادي بفض المنازعات التي يثيرها هذا النشاط ما لم يرد بالعقد نص يجيز التحكيم. ولما كانت معظم الدول تحرص على جذب الاستثمارات الأجنبية، وتنحو نحو الاقتصاد الحر وتوسيع قاعدة الملكية الخاصة، فإن تميز الجهة الحكومية المتعاقدة بنظام البوت بامتيازات غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، يناقض الفلسفة الاقتصادية لهذه المشروعات وحاجة الدولة إليها، وينفر المستثمرين الأجانب على وجه الخصوص من التعامل معها. وعلى ذلك فلا مجال لتطبيق شروط استثنائية غير مألوفة في العقود التي تبرم مع أفراد القطاع الخاص بنظام البوت، الأمر الذي ينفي عنه الطبيعة العامة.

ووفقاً لهذا الاتجاه ينسحب ذات الرأي على عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة، بالرغم من المزايا التي تقررها القوانين كحوافز للاستثمار مثل الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، والحق في تحويل العملة إلى الخارج وتملك الأراضي بالمخالفة للقوانين العادية، وذلك بزعم أن المستثمر إنما يستمد هذه المزايا من القانون مباشرة، وأنها جاءت لصالح المستثمر في مواجهة الدولة وليس العكس، والغرض في الشروط الاستثنائية التي تضفي على العقد الصفة الإدارية أن تكون مقررة لصالح جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.

غير أنه من الملاحظ في كتابات أنصار هذا الاتجاه أنهم لا ينكرون وجود بعض الشروط والأحكام في نظام البوت التي لا نظير لها في العقود التي تتم في نطاق القانون الخاص، فمن المسلم لديهم انعدام حرية التصرف في عقود البوت حتى ولو اتخذت شكل B.O.O.T الذي يتضمن عنصر الملكية كما أن المستثمر مقيد في استعمال المشروع بالغرض الذي أنشئ من أجله، ولا يستطيع أن يغلق المشروع أو أن يتوقف عن استعماله بإرادته وحده، لتعلق ذلك بمصالح المنتفعين، كما أن الحكومة أو الجهة الإدارية المتعاقدة تحدد الحاجة إلى المشروع ومجاله وأسس البناء ونماذج التصميم وشروطه وليس المستثمر حراً في أن يبني كما يشاء، علاوة على أن هذا المستثمر إنما يباشر عمله تحت إشراف الدولة ورقابتها، بل أنها هي التي تحدد للمستثمر حجم استثماراته في المشروع ووقت التنفيذ، كما أن الغالب في إبرام هذه العقود أن يتم ذلك وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات ومن ثم الالتزام بضوابط المنافسة والعلانية وأساليب القانون العام والمنصوص عليها في هذا القانون، وخاصة ما يتصل منها بالقيود التي ترد على حرية التعاقد وإجراءات الإذن بالتعاقد أو التصديق عليه من جانب السلطات الأخرى مثل السلطة التشريعية، ولذلك يؤكد بعض أنصار هذا الاتجاه على أن مرجع الصعوبة في التكييف القانوني لعقود البوت هو التفاوت وعدم التساوي في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود، حيث تبرم هذه العقود بين طرفين غير متكافئين هما الدولة من جهة، وهي بوصفها شخصاً من أشخاص القانون العام الداخلي تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الشخص المتعاقد معها، والطرف الثاني هو ذلك الشخص التابع للقطاع الخاص من جهة ثانية، والى جانب هذا التفاوت في المراكز القانونية بين طرفي العقد وهو تفاوت ذو طابع قانوني، فإن أطراف هذه العقود لا تقف على قدم المساواة من الناحية الاقتصادية، حتى في حالة إبرام العقد مع شخص أجنبي على صعيد العلاقات الدولية(٤٧).

(٤٧) الدكتور ماهر محمد حامد: المرجع السابق – ص١٥٣ و١٥٤، وراجع كذلك صفحات ٣١ و٣٢ و٨٤

ج – مقطع النزاع إذن يدور حول مدى توافر الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود البوت ومن ثم ترتد المشكلة إلى مدى توافر شروط معيار العقد الإداري على عقود البوت، وعلى الرغم من أنه من اليسير إثبات توافر الشروط غير المألوفة في العقود التي تبرمها الدولة وفقاً لنظام البوت، إلا أنه يلزم ملاحظة أن توافر هذه الشروط ليس من عناصر معيار العقد الإداري حتماً، فقد انتهينا سابقاً إلى أن معيار تمييز العقد الإداري يتمثل في حقيقة الأمر في جانبين أو شرطين هما:

١- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد بوصفها سلطة عامة وهذا هو الجانب العضوي في المعيار، مع ملاحظة أن مظهر السلطة العامة في العقد يتبلور في انتهاج الإدارة وسائل القانون العام في إبرام العقد أو تنفيذه، ومن ثم يستدل على ذلك بأحد أمرين أو كلاهما:

أ- إبرام العقد وفقاً لأساليب القانون العام والتي تتقرر عادة في قانون المناقصات والمزايدات الحكومية.

ب- تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو الإحالة إلى اللوائح أو النظم القانونية القائمة التي تقرر هذه الشروط، وسواء تمثلت في بعض الامتيازات المقررة لجهة الإدارة المتعاقدة ولا يجوز قانوناً أن يتمتع بها المتعاقد الآخر، أو كانت تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير تخرج بطبيعتها عن تلك التي يتعامل بها الأفراد فيما بينهم أو تجاه الإدارة في العقود التي تخضع للقانون الخاص، فمثل هذه الشروط تكشف عن أن الشخص العام إنما قد

و٩٨ للإشارة إلى الشروط غير المألوفة في عقود البوت، وهو الأمر الذي أكده بعد ذلك في صفحات ٢٩٣:٢٨٧ بشأن حقوق الإدارة في الرقابة وتعديل العقد واسترداد المشروع قبل نهاية مدته وتوقيع جزاءات على المتعاقد معها، باعتبارها حقوقاً يجوز النص عليها في عقود البوت ومن ثم تتم مباشرتها تنفيذاً للعقد.

تعاقد بصفته سلطة عامة مما يبرر خضوع العقد لمبادئ القانون الإداري ولاختصاص القضاء الإداري.

٢- أما الشرط الثاني والذي يمثل الجانب الموضوعي في المعيار، فهو أن يستهدف العقد أو يتصل بتنظيم أو إدارة أو تسيير أو استغلال مرفق عام أو استثمار أحد الأموال العامة أو أحد موارد الدولة أو ثروتها الطبيعية التي تملكها الدولة ملكية إدارية عامة.

وبذلك لا يكون شرط تضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص من شروط معيار العقد الإداري المستقلة بذاتها، على نحو ما سبق لنا شرحه، إذ هو أحد مظاهر السلطة العامة في الجانب العضوي لهذا المعيار، إلى جانب مظاهر أخرى مثل أسلوب إبرام هذا العقد والأصل فيه أن يتم عن طريق المناقصة، والاستثناء هو طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر، إضافة إلى أسلوب الدعوة إلى التعاقد الذي تأخذ به فرنسا في المـــادة (٣٣) من قانون العقود الإدارية في فرنسا[٤٨] وشاع استخدامه في الآونة الأخيرة لإبرام عقود البوت حيث يجمع بين خصائص المناقصة والممارسة حتى تتمكن الإدارة من اختيار أفضل العروض من الناحيتين المالية والفنية، وذلك على ضوء أسس موضوعية معروفة مسبقاً[٤٩].

هذا المفهوم لمعيار العقد الإداري هو المستقر في قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر، ففي حكمها بتاريخ ١٩٦٣/٥/٢٥ سالف الإشارة، أكدت المحكمة أن العقد الإداري يتميز عن العقد المدني "بأن الإدارة تعمل في إبرامها له بوصفها سلطة عامة تتمتع

---

(٤٨) Les Marches sur d' appeal d' offres.
الدكتور جابر جاد نصار: المناقصات العامة – الطبعة الثانية ٢٠٠٢ – دار النهضة العربية – ص٢١٠ وما بعدها.

(٤٩) الأستاذة رحيمة الصغير ساعد: العقد الإداري الالكتروني – ٢٠٠٧ – دار الجامعة الجديدة – ص٩١ وما بعدها. وقد أشارت كذلك إلى أساليب أخرى مثل طريقة التحاور التنافسي Procédure de dialogue compétitif المنصوص عليها في المادة ٣٦ من قانون العقود الإدارية في فرنسا والمادتين ٤٠ و٤١ من التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٤/١٨ الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات في أوربا، علاوة على طريق المسابقة المنصوص عليه في المادة ٣٨ من قانون العقود الإدارية في فرنسا والصادر بالمرسوم رقم ١٥-٢٠٠٤.

بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، كما أنه يفترق عن العقد المدني باستخدامه أساليب القانون العام ووسائله أو بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، سواء كانت هذه الشروط واردة في ذات العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح، أو بمنح المتعاقد مع الإدارة فيه حقوقاً لا مقابل لها في روابط القانون الخاص بسبب كونه لا يعمل لمصلحة فردية بل يعاون السلطة الإدارية ويشترك معها في إدارة المرفق العام أو تسييره أو استغلاله تحقيقاً للنفع العام".

وعليه استقر الرأي في هذا المجال على أن علاقة المتعاقدين في العقود الإدارية لا تستند إلى شروط هذه العقود فقط، وإنما أيضاً إلى القواعد القانونية والتنظيمية الخاصة بالمرفق العام، والتي تسري فيما يرد فيه نص في تلك العقود لتعلقها بالنظام العام(٥٠). ويترتب على ذلك نتيجة هامة محصلها أن الإدارة تتمتع بسلطة مراقبة تنفيذ شروط العقد وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته، وحق تعديل شروطه المتعلقة بسير المرفق وتنظيمه والخدمة التي يؤديها وذلك بإرادتها المنفردة، حينما تقتضي المصلحة العامة ذلك، دون أن يتحدى الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وكذلك حق توقيع الجزاءات على المتعاقد وحق فسخ العقد وإنهائه بإجراء إداري، دون رضاء هذا المتعاقد إنهائه مبتسراً ودون تدخل القضاء، حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد(٥١)، بمعنى أن جهة الإدارة المتعاقدة لا تستمد امتيازاتها في نطاق العقود الإدارية من نصوص العقد، وإنما من طبيعة المرفق العام واتصال العقد به، ووجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة(٥٢).

(٥٠) الدكتور أحمد محمود جمعة: العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد – ٢٠٠٢ – منشأة المعارف – ص١٠.
(٥١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٦٣/٥/٢٥ سالف الإشارة.
(٥٢) الدكتور أحمد محمود جمعة: المرجع السابق – ص ١٠٢.

د- نخلص مما تقدم إلى أنه ليس ثمة خلاف فقهي حقيقي حول طبيعة عقود الالتزام والاستثمار المبرمة وفقاً لنظام البوت أو أحد أشكاله، وكل ما في الأمر أن فقهاء القانون العام يــرون أن شروط معيار العقد الإداري تنطبق على هذه العقود ومن ثم فهي عقود إدارية بطبيعتها، بينما يرى بعض فقهاء القانون الخاص أن شروط هذا المعيار – وفقاً لمفهومهم لها- لا تنطبق أو بالأحرى لا تتلاءم مع نظام البوت وبالتالي لا يسوغ اتباعها بصدد عقود الإدارة المبرمة وفقاً لهذا النظام.

ولذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن عقود البوت هي عقود ذات طبيعة خاصة، وعلى الرغم من أن لها جذوراً تنتمي إلى عقود الامتياز، إلا أن هناك عديداً من الاختلافات بينهما، فعقود البوت يتم إبرامها من خلال نظم قانونية مختلفة، ولكل عقد ظروفه الخاصة، بحيث يصعب وضع قاعدة عامة مجردة تقضي بأن عقد البوت عقد مدني أو عقد إداري، فهي عقود يتم الاتفاق عليها بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين. لذا يلزم مراجعة كل عقد على حدة للبحث عما إذا كانت عناصر العقد الإداري تتوافر فيه من عدمه وذلك في ضوء شروطه وعناصره، وأيضاً الظروف والملابسات التي أحاطت به بحيث يكون تكييف العقد متسقاً مع جوهر وحقيقة العقد، وكاشفاً في الوقت ذاته عن الخصوصية التي تميز كل عقد على حدة، وبناء على هذا التكييف الواقعي قد يعتبر عقد البوت عقداً إدارياً أو من عقود التجارة الدولية بحسب كل حالة على حدة –وفقاً لشروط العقد- بمعنى أن تكييف العقد قد يختلف من حالة إلى أخرى، أو بالأحرى من مشروع لآخر، ومن ثم فإن عقود البوت لا تخضع لنظام قانوني واحد، فتارة تكون عقوداً إدارية، وتارة تكون من عقود القانون الخاص، والعبرة في ذلك بتحليل كل عقد على حدة لمعرفة أركانه وبالتالي وضعه تحت النظام القانوني الذي يحكمه(٥٣).

(٥٣) الدكتور أنس قاسم جعفر: المرجع السابق – ص ٨٣.
الدكتور أحمد رشاد محمود سلام: عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T)) في مجال العلاقات الدولية الخاصة –٢٠٠٤ – دار النهضة العربية – ص١٩٦ و١٩٧.

ويدعم هذا الرأي وجهة نظرنا بأن العبرة هي في مدى توافر شروط معيار العقد الإداري لتكييف العقود المبرمة وفقاً لنظام البوت، كما يؤكد ذلك أن المشرع لم يتدخل في تحديد طبيعة هذه العقود ولم يضع أي تشريع عام يضم الأحكام والقواعد الشاملة لنظام البوت، بل ولا يستطيع المشرع سن مثل هذا التشريع العام وذلك بالنظر إلى تعدد أشكال هذا النظام واختلاف أحكامه بالتالي من عقد لآخر.

هـ- وفي تقديرنا أن الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقود المتصلة باستغلال أو إدارة المرافق العامة أو باستثمار موارد الدولة من الأموال العامة تلعب دوراً بالغ الأهمية في اختيار النظام المناسب لتلك الظروف، فالدولة قد تكون في مركز اقتصادي أضعف بكثير من المركز الذي تتمتع به الشركات الخاصة التي غالباً ما تكون من الشركات الأجنبية العملاقة متعددة الجنسيات، مما قد تضطر الدولة معه إلى تقديم العديد من التنازلات والضمانات والحوافز للمستثمر الأجنبي تحت دعاوى جذب الاستثمارات الأجنبية من أجل التنمية الاقتصادية، وبينما ترغب الدولة في التعاقد معها وفقاً لأسلوب العقد الإداري، فإن هذه الشركات ترغب في سلخ العقد المبرم بينها وبين الدولة من سيطرة القانون العام الوطني للدولة المتعاقدة، ومحاولة إخضاعه لقانون التجارة الدولية أو كما يقولون المبادئ القانونية العامة المعترف بها بين الدول المتقدمة أو المتحضرة، والتي من شأنها إهدار كل الضمانات يتعين على الدولة تقريرها لحماية مصلحتها العامة وكفالتها .

ولذلك فإننا نعتقد أنه يتعين على الدولة أن تلجأ فقط لأساليب القانون العام في إبرام العقود المتصلة بإدارة أو استغلال المرافق العامة أو استثمار الأموال العامة لحماية مصالحها، وحتى لا تكون لقمة سائغة أمام التفوق الاقتصادي المذهل لهذه الشركات،

الأستاذ خالد بن محمد العطية: النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – رسالة ماجستير – كلية الحقوق جامعة القاهرة – ١٩٩٩– ص٧٢ و٧٣.

ولتحتفظ الدولة بالسيطرة الإستراتيجية على المشروعات التي تنفذ وفقاً لنظام البوت، ومن ثم تحيط عقودها معها بسياج من الضمانات المقررة في نظام العقود الإدارية يكون من شأنها أن تضمن للدولة قدراً من الرقابة والامتيازات الاستثنائية التي لا يتمتع الأفراد بمثلها عند إبرام عقودهم فيما بينهم، حتى لا تتحول هذه المشروعات إلى عبء إضافي على اقتصاديات الدولة.

ولما كانت أساليب القانون العام المشار إليها تضم التراخيص الإدارية إلى جانب العقود الإدارية كتصرفات إدارية أو وسائل قانونية مناسبة لإدارة واستغلال المرافق العامة واستثمار الأموال العامة، فإننا نرى أنه الأفضل أن تلجأ الدولة إلـــى أسلــوب أو وسيلة الترخيص الإداري كلما زادت مخاطر الاستثمار الأجنبي، سيما إذا تعلق الأمر باستثمار موارد الدولة وثرواتها الطبيعية من الأموال العامة، وكذلك في حالة استغلال وإدارة المرافق العامة الحيوية مثل مرافق الكهرباء والمياه والطرق العامة الرئيسية، التي تحتاج إلى ضمانات ورقابة حقيقية حماية لمصالح المنتفعين وتحقيقاً للصالح العام، ومن ثم لا تلجأ الدولة إلى التعاقد إلا بصدد المرافق العامة غير الأساسية مثل المرافق السياحية والفندقية والاقتصادية ذات الطابع التجاري، وخاصة إذا كانت الجهات المتعاقد معها من المستثمرين الأجانب، مع مراعاة ضرورة النص فيه صراحة على بعض الامتيازات المقررة قانوناً لصالح الجهة الإدارية المتعاقدة والتي لا غنى عنها في العقد. وعلى ذلك يكون الالتجاء إلى وسيلة العقود الإدارية هو الاستثناء من الأصل العام، وهو الاعتماد على أسلوب الترخيص الإداري، حتى يمكن للإدارة بسط إدارتها على الطرف الآخر وتغليب مقتضيات الصالح العام بإدارتها المنفردة؛ لأن العقد الإداري مهما بلغت السلطات التي يخولها للإدارة، يتضمن قيوداً تحد من سلطة الإدارة بعض الشيء.

ويساند القضاء المصري هذا التوجه، فالمحكمة الدستورية العليا في مصر تشدد على خطورة وأهمية إنشاء وتنظيم المرافق العامة والمصالح العامة، وهو اختصاص

معقود لرئيس الجمهورية وحده طبقاً للدستور المصري، وينضوي تحت لوائه أمور عدة منها كيفية تكوين هذه المرافق والمصالح ووضع القواعد التي تبين طريقة إدارتها وتحديد اختصاصاتها... مما يتطلب استخدام وسائل القانون العام ويستتبع إحاطة هذا الإنشاء أو التنظيم بالضمانات(٥٤).

أما محكمة النقض المصرية فقد جرت في قضائها على أن "تصرف الإدارة في أملاكها العامة لا يكون إلا على سبيل الترخيص، وهو مؤقت يبيح للسلطة المرخصة دوماً ولدواعي المصلحة العامة الحق في إلغائه أو الرجوع فيه ولو قبل حلول أجله، وكل أولئك من الأعمال الإدارية التي يحكمها القانون العام ولا ولاية للمحاكم في شأنها ولا تخضع للقانون الخاص، فالترخيص ليس عقداً مدنياً وإنما يعد أمراً إدارياً" (٥٥)، ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للدولة على الأموال العامة حق استعمالها أو استثمارها، ويجري ذلك وفقاً لأوضاع وإجراءات القانون العام، وإن تصرف السلطة الإدارية في الأموال العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون إلا على سبيل الترخيص، وهذا يعتبر بذاته وبطبيعته مؤقتاً وغير ملزم للسلطة العامة التي لها دائماً لداعي المصلحة العامة الحق في إلغائه والرجوع فيه قبل حلول أجله، ثم هو -عدا ذلك- خاضع لحكم الشروط والقيود الواردة فيه، أو إعطاء الترخيص أو رفضه والرجوع فيه، وكل ذلك من الأعمال الإدارية التي يحكمها القانون العام، ولا تخضع للقانون الخاص، وتعتبر المنازعة بشأنه منازعة إدارية ينعقد الاختصاص بنظرها لجهة القضاء الإداري(٥٦).

---

(٥٤) حكمها في ٢٠٠٣/٣/١٦ قضية ١٥٤ لسنة ٢١ق. دستورية، المجموعة الجزء العاشر – ص٩٥١.

(٥٥) حكمها في ١٩٥٦/٦/١٠ الطعن ٥٤ لسنة٢٣ق، المجموعة السنة ٧ ص٧٢٠، وكذلك حكمها في ١٩٨١/١٢/٢٩ الطعن ٣٨٧ لسنة ٤٣ق وفي١٩٨٨/١١/٢٣ الطعن ٣٩٦ لسنة ٥٢ق.
أشار إليها الدكتور محمد ماهر أبو العينين: التراخيص الإدارية – الكتاب الرابع – الطبعة الأولى – ٢٠٠٦ – ص٦ وما بعدها.

(٥٦) حكمها في ١٩٩٦/٤/١١ (الدائرة المدنية والتجارية) الطعن ١٦٤٨ لسنة ٥٦ق.

ومفاد هذا القضاء أن الأصل في مزاولة النشاط المتصل باستثمار المال العام بواسطة الأفراد هو الحظر، والاستثناء هو السماح بمزاولته من خلال إجراء الترخيص الذي يعتبر من الأساليب الوقائية المانعة، بمعنى أنه يعتبر استثناء من حظر عام، وليس قيداً على الحرية، مما يجعل للإدارة في شأنه سلطة تقديرية واسعة.

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى أن ترخيص شغل المال العام هو تصرف إداري يتم بالقرار الصادر بمنحه، وهو تصرف مؤقت بحكم كونه لا يرتب حقاً ثابتاً نهائياً لحق الملكية، بل يخول للمرخص له مركزاً قانونياً مؤقتاً يرتبط حقه في التمتع به وجوداً أو عدماً بأوضاع وظروف وشروط وقيود يترتب على تغييرها أو انقضائها أو الإخلال بها أو مخالفتها جواز تعديل أوصاف هذا الترخيص أو سقوط الحق فيه بتخلف شرط الصلاحية للاستمرار في الانتفاع به أو زوال سبب منحه أو انقضاء الأجل المحدد له أو تطلب المصلحة العامة إنهاءه" "(٥٧)" أي أنه "يكون قابلاً للسحب أو التعديل في أي وقت متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، وبهذا يفترق الترخيص عن القرار الإداري الذي يكتسب حصانة عامة ولو كان خطأً، حصانة تعصمه من السحب أو الإلغاء متى صار نهائياً، بمضي وقت معلوم واستقر به مركز قانوني أصبح غير جائز الرجوع فيه أو المساس به(٥٨).

ومع ذلك فقد استقر القضاء الإداري في مصر على أنه "لا يجوز لجهة الإدارة مانحة الترخيص أن تهدر المراكز القانونية المستقرة المترتبة على الترخيص إلا بناء على أسباب قانونية صحيحة(٥٩)، وأن إعمال حق التعديل والإلغاء في أي وقت لدواعي المصلحة العامة "يتعين دائماً أن يتسم بتوخي الصالح العام فعلاً وحقاً وبما يتعارض مع

(٥٧) حكمها في ١٩٧٢/٣/٢١ الدعوى ٦٠٧ لسنة ٢٦ق، والمحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٩٢/١١/٢٩ الطعن ٣٨٧ لسنة ٣٨ق.

(٥٨) المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٢٠٠٢/٣/٢ الطعن٧٥١٦ لسنة ٤٥ق.

(٥٩) المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٧٨/١/٢٨ الطعن ٧٤ لسنة ١٧ق، مجموعة ١٥ سنة ص٧٢٤، كذلك حكمها في ٢٠٠٥/٢/٢ الطعن ٣٢٥٦ والطعن٣٢٥٧ لسنة ٤٩ق.

مبدأ حسن النية في التنفيذ(٦٠) وأن الترخيص متى استوفى شرائطه وصدر صحيحاً مطابقاً لأحكام القوانين واللوائح السارية وحدد الغرض من هذا الترخيص وكان النشاط مشرعاً في ذاته، فإنه لا يجوز للسلطة المختصة خلال المدة المحددة للترخيص المساس بالغرض المحدد بالترخيص بحظره أو التقييد منه أو إلغائه طالما لم يرتكب المرخص له مخالفة لأحكام قانون الاستثمار ولائحته التنفيذية، وإلا كان ذلك اغتصاباً للضمانات والحوافز التي قام عليها الترخيص(٦١).

ولذلك ليس صحيحاً ما ذهب إليه جانب من الفقه من أن العلاقة بين المستفيد من الاستغلال الخاص للأموال العامة والسلطة الإدارية أياً كانت طبيعتها، أي سواء كانت ناتجة عن عقد أو عن ترخيص، تتسم بعدم الاستقرار والتزعزع حيث يحق للسلطة الإدارية في أي وقت سحب الترخيص الصادر بشأنها أو إنهاء العلاقة التعاقدية بإراداتها في الوقت الذي تقدر فيه ملائمة إنهاء التخصيص وتوجيهه إلى تخصيص جديد يحقق المصلحة العامة، أو إذا رأت أن الاستعمال الخاص أصبح يعرقل بشدة أهداف التخصيص الجوهرية، ولا يملك المستفيد من الاستعمال الخاص إلا الخضوع لقرار الإلغاء مع جواز منحه تعويضاً مالياً حسب نوع الاستعمال(٦٢).

والخلاصة إننا نرى أن إقامة وتنفيذ المشروعات الحكومية لاستثمار موارد البلاد من الأموال العامة بواسطة الأفراد يجب أن يتم من خلال أسلوب الترخيص الإداري وهو من أهم أساليب القانون العام في هذا الصدد، ولا يجوز الالتجاء إلى أسلوب التعاقد إلا استثناء على أن يكون ذلك بواسطة عقد إداري هو عقد الالتزام الذي يتعين أن يتأسس في هذه الحالة على قانون أو قرار إداري –بحسب الأحوال– بمنح الامتياز محل هذا

---

(٦٠) المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٩١/١٢/٢٧ الطعن٤٢٩٧ والطعن ٧٣٠٦ لسنة ٣٥ق.
(٦١) المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ٢٠٠٢/٥/٤ الطعن ٦٨٥٨ لسنة ٤٥ق.
(٦٢) الدكتور محمد جمال عثمان جبريل: الترخيص الإداري – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق جامعة عين شمس – ١٩٩٢– ص٤٨٠.

العقد، وبذلك يكون إبرام العقد جزءاً من عملية مركبة وهي عملية إدارية بطبيعتها ومن ثم يلزم أن تخضع في جميع مراحلها لأحكام وقواعد القانون الإداري، وخاصة إذا اتبعت الجهة الإدارية المتعاقدة نظام البوت بأي من أشكاله المتعددة في هذا العقد.

أما بصدد استغلال وإدارة المرافق العامة بواسطة الأفراد، فإن للإدارة الحق في الاختيار بين وسيلتي الترخيص الإداري أو العقد الإداري، وهما بالقطع من وسائل القانون العام أياً كان النظام المتبع فيهما، أي سواء كان نظام البوت في أي من أشكاله المتنوعة أو غيره، وبالتالي فإن العقد الذي يبرم في هذه الحالة هو عقد إداري بطبيعته؛ لأن موضوعة هو استغلال أو إدارة مرفق عام لحساب الدولة مادامت الجهة الإدارية المتعاقدة قد ظهرت في العقد بمظهر السلطة العامة، بغض النظر عن مسألة الشروط غير المألوفة التي سبق أن أشرنا إليها، إذ لم يعد هناك ما هو غير مألوف أو غير معروف في عصرنا هذا، فالمهم أن يكون هناك خروج على المبادئ المستقرة في نظام عقود القانون الخاص أو أحدها، مثل مبدأ سلطان الإدارة ومبدأ المساواة بين طرفي العقد ومبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين.

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

أ- المراجع العامة:

١. الدكتور سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية-دار الفكر العربي- القاهرة-الطبعة الخامسة-١٩٩١.

٢. الدكتور جمال عثمان جبريل: العقود الإدارية-إبرام العقد الإداري وصحته- الطبعة الثانية- ١٩٩٩.

٣. الدكتور عمرو أحمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام البوت- دار النهضة العربية-القاهرة-٢٠٠١.

٤. الدكتور ماهر محمد حامد: النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع-دار النهضة العربية-القاهرة-٢٠٠٥.

٥. الدكتور محمد عبد الحميد القاضي: الطبيعة القانونية لعقود البوت-دار النهضة العربية-٢٠٠٣.

٦. الدكتور سامي جمال الدين: أصول القانون الإداري-منشأة المعارف-الإسكندرية-٢٠٠٤.

٧. الدكتور مصطفى كمال طه: القانون التجاري-الدار الجامعية-الإسكندرية-١٩٨٨.

٨. الدكتور عبد الفضيل محمد أحمد: العقود التجارية وعمليات البنوك-١٩٩٩.

٩. الدكتور محمد الروبي: عقود التشييد والاستغلال والتسليم . B.O.T–دراسة في إطار التعاون الدولي الخاص–دار النهضة العربية–القاهرة–٢٠٠٤.

١٠. الدكتور محمد بهجت قايد: إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً الـ B.O.T أو الـB.O.O.T–دار النهضة العربية–القاهرة–٢٠٠٠.

١١. الدكتور محمد سعد أمين: دراسة مقارنة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها–١٩٩٤.

١٢. الدكتورة سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية–دار النهضة العربية–القاهرة–١٩٩٨/١٩٩٩.

١٣. الدكتورة جيهان حسن سيد أحمد: عقود الـ B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها–دار النهضة العربية–القاهرة–٢٠٠١.

١٤. الدكتورة سميحة القليوبي: شرح قانون التجارة–الطبعة الثانية–دار النهضة العربية–القاهرة–٢٠٠٠.

١٥. الأستاذة رحيمة الصغير ساعد: العقد الإداري الالكتروني–دار الجامعة الجديدة–الإسكندرية–٢٠٠٧.

١٦. الدكتور محمد أنس جعفر: العقود الإدارية–الطبعة الثالثة–دار النهضة العربية–القاهرة–٢٠٠٣.

١٧. الدكتور أحمد محمود جمعة: العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد–منشأة المعارف– الإسكندرية–٢٠٠٢.

١٨. الدكتور أحمد رشاد محمود سلام: عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة–دار النهضة العربية–القاهرة–٢٠٠٤.

١٩. الدكتور ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم–دار الجامعة الجديدة للنشر–الإسكندرية–٢٠٠٤.

٢٠. الدكتور جابر جاد نصار: المناقصات العامة–الطبعة الثانية–دار النهضة العربية–القاهرة–٢٠٠٢.

٢١. الدكتور محمد ماهر أبو العينين: التراخيص الإدارية–الكتاب الرابع–الطبعة الأولى–القاهرة–٢٠٠٦.

ب– المراجع الخاصة:

٢٢. الدكتور أحمد السعيد الزقرد: عقود البوت وآليات الدولة الحديثة– بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس لكلية الحقوق جامعة المنصورة– مارس– ٢٠٠٢.

٢٣. الدكتور سامي عبد الباقي أبو صالح: الإطار التشريعي والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص B.O.T– بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي لمشروعات البوت –شرم الشيخ –٢٠٠١.

٢٤. المستشار محمود محمد فهمي: عقود الـــ B.O.T وتكييفها القانوني–بحث مقدم إلى مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T–القاهرة–يناير ٢٠٠١.

٢٥. الدكتور محسن أحمد الخضيري: التمويل بدون نقود–مجموعة النيل الدولية– القاهرة–٢٠٠١.

٢٦. الدكتور هاني صلاح سري: الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها–بحث مقدم إلى مركز

القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المؤتمر الدولي عن عقود البوت وحسم المنازعات الناشئة عنها–القاهرة–٢٨ و٢٩ أكتوبر ٢٠٠٠.

٢٧. الدكتور جمال عثمان جبريل: الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية–بحث منشور لدى د. حمدي عبد العظيم (محرر) بعنوان مشروعات الـ B.O.T وأخواتها–مركز أكاديمية السادات للعلوم الإدارية–٢٠٠١.

٢٨. الأستاذ خالد بن محمد العطية: النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية–رسالة ماجستير–كلية الحقوق جامعة القاهرة–١٩٩٩.

٢٩. الدكتور محمد جمال عثمان جبريل: الترخيص الإداري – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق جامعة عين شمس–١٩٩٢–ص٤٨٠.

٣٠. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري العماني من العام الأول للرابع–المكتب الفني– ٢٠٠١/٢٠٠٤.

٣١. مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري في مصر.

٣٢. مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر.

٣٣. مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية (مدني).

٣٤. المراسيم الصادرة عن البرلمان الأوربي في ٢٠٠٤/٣/٣١م .

٣٥. مجلة القانون والاقتصاد–العدد رقم ٣،٤– السنة ٢٧هـ.

٣٦. مجلة القانون والاقتصاد–العدد ٦٩– لسنة ١٩٩٩.

أولاً: المراجع الأجنبية:

37. Laurent Richer, Déroit des contrats administratif. 3éme édition.1999 Paris, L.G.D.J.

38. JACQUES Geargel, contras de l'administration..,J.C.P,1971 f502 Prospar Weil, La critére du contrat administratif en crise, M. Waline, 1974,tome2,Paris.

39. PREVOST (Jean Francois), A La recherche du critere du contrat Administratif - La qualité des contractants, R.D.P.1977.

40. FAYE LEVIN, Introduction to "B.O.T" A paper presented at the International "B.O.T" Conference, Hurghada, Egypt.1996.

41. Georges Vedel, Droit Administratif.1964.